

جَامِعَةُ الدُّوَلِ الْعَرَبِيَّةِ

مَعْدَلُ الدَّرَاسَاتِ الْعَرَبِيَّةِ الْعَالِيَةِ

مَصَادِرُ الْحَقِّ
فِي
الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ

دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث

(٣)

محل العقود

ألقاها

الدكتور

عبدلرزاق السنهوري

[على طلبة قسم الدراسات القانونية]

مصادر الحق
في
الفقه الاسلامي

جَامِعَةُ الدُّوَلِ الْعَرَبِيَّةِ

مَعْهَدُ الدِّرَاسَاتِ الْعَرَبِيَّةِ الْعَالِيَةِ

مَصْنَعُ الدَّرَجَاتِ

فِي

الْفِقْهِ الْأَسْلَمِي

دراسة مقارنة بالفقه العربي الحديث

(٣)

محل العقد

ألفها

الدكتور

عبدلرزاق السنهوري

[على طلبة قسم الدراسات القانونية]

الفصل الثاني

المحل

تعريف المحل وشروطه

محل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به . ونرى من ذلك أن المحل ركن في الالتزام لا في العقد . ولكن أهميته لا تظهر إلا في الالتزام الذي ينشأ من العقد . فإن محل الالتزام غير التعاقدى يتولى القانون تعيينه ، فليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوف للشروط . أما محل الالتزام التعاقدى فإن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعيينه ، فوجب أن يراعى استيفاءه للشروط التى تتطلبها القانون . ومن ثم فالمحل يذكر عادة مقترنا بالعقد .

ويشترط الفقه الغربى فى محل الالتزام التعاقدى شروطاً ثلاثة :

(أولاً) أن يكون موجوداً إذا كان شيئاً ، أو ممكناً إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل .

(ثانياً) أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين .

(ثالثاً) أن يكون صالحاً للتعامل فيه .

فنستعرض هذه الشروط الثلاثة ، شرطاً شرطاً ، فى الفقه الغربى وفى الفقه الإسلامى .

الفرع الاول

المحل موجود أو ممكن

المبحث الأول

وجود المحل أو إمكانه في الفقه الغربي

المطلب الاول

المحل موجود

معنى الوجود :

يجب أن يكون محل الالتزام التعاقدى — إذا كان الالتزام التزاما بنقل حق عيني يتعلق بشيء معين — موجوداً ، أى يجب أن يكون الشيء الذى يتعلق به الحق العيني موجوداً وقت نشوء الالتزام . وهنا يجب التمييز بين فرضين : فأما أن يكون المتعاقدان قد قصدا أن يتعاقدا على شيء موجود حالا ، وأما أن يكونا قد قصدا التعاقد على شيء أن لم يكن موجودا حالا فهو ممكن الوجود في المستقبل .

التعامل في محل موجود حالا :

ففي الفرض الاول ، إذا قصد المتعاقدان التعامل في محل موجود حالا ، ولم يكن الشيء موجوداً فعلا وقت التعاقد ، فإن العقد يكون باطلا ، حتى لو أمكن وجود الشيء في المستقبل .

فإذا باع شخص من آخر نتاج حيوان على أنه موجود فعلا ، وتبين بعد ذلك أن النتاج لم يولد ، فالبيع باطل لأن الشيء غير موجود . ولا يصح العقد حتى لو ولد النتاج بعد التعاقد . ويكون العقد باطلا كذلك لو كان

النتاج قد ولد ونفق قبل التعاقد ، اذ أنه لا يكون وقت التعاقد موجودا. أما إذا كان النتاج قد ولد وبقى حيا إلى وقت التعاقد ، ثم نفق بعد ذلك ، فإن العقد ينعقد صحيحا على شيء موجود ، ولكنه يفسخ لاستحالة تنفيذ البائع لالتزامه من تسليم المبيع للمشتري .

التعامل في محل مستقبل :

وفي الفرض الثاني ، إذا قصد المتعاقدان التعامل في شيء إن لم يكن موجودا حالا فهو ممكن الوجود في المستقبل ، لا يشترط أن يكون الشيء موجودا فعلا وقت التعاقد ، بل ينعقد العقد صحيحا حتى لو لم يكن الشيء موجودا مادام أنه ممكن الوجود في المستقبل .

ففي المثل المتقدم إذا لم يقصد المتعاقدان التعامل في نتاج موجود فعلا ، يصح العقد حتى لو لم يكن النتاج قد ولد وقت التعاقد ، مادام أنه يولد بعد ذلك . ومن ثم يجوز بيع المحصولات المستقبلية قبل أن تثبت بثمن مقدر جزافا أو بسعر الوحدة ، ويجوز أن يبيع شخص من آخر منزلا لم يبدأ ببناءه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء . وكثيرا ما يقع أن يبيع صاحب مصنع قدرا معيناً من مصنوعاته دون أن يكون قد أتم صنعه ، وأن يبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه بل قبل أن يبدأه ، وأن ينزل مقال عن الأجر في مقالة لم ترس عليه بعد ، فهذه كلها عقود واقعة على شيء مستقبل وهي صحيحة .

والشيء المستقبل الذي يصلح أن يكون محلا للتعامل قد يكون محقق الوجود في المستقبل ، كما في بيع المحصولات المستقبلية والمصنوعات التي لم يتم صنعها . وقد يكون محتمل الوجود ، كما في بيع النتاج الذي لم يولد فهو بيع صحيح معلق على شرط واقف هو أن يولد النتاج ، وكما في النزول عن الأجر في مقالة لم ترس على المقال بعد فهو أيضاً عقد معلق على شرط واقف هو أن ترسو المقالة على المقال .

بل قد يكون العقد واقعاً على شيء مستقبل محتمل الوجود دون أن يكون معلقاً على شرط وجوده ، فيكون العقد احتمالياً أو عقد غرر (contrat aléatoire) كما في بيع التاج الذي لم يولد بيعاً منجزاً فيصح البيع ولد التاج أو لم يولد ، وكما في بيع صائد السمك لرمية الشبكة فيصح البيع أخرجت الشبكة سمكاً أو لم تخرج وأيا كان مقدار السمك الذي أخرجته ، ويراعى ذلك طبعاً في تقدير الثمن .

التعامل في تركة مستقبلية :

ويستثنى من جواز التعامل في الشيء المستقبل التعامل في التركة المستقبلية ، فإنه يكون باطلاً . وقد نصت المادة ١٣١ من التقنين المدني المصري على ما يأتي :
١ - يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً . .

٢ - غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه ، إلا في الأحوال التي نص عليها القانون (١) . .

ويسعد تحريم التعامل في تركة مستقبلية إلى القانون الروماني . فقد كان هذا القانون يعد التعامل في التركات المستقبلية أمراً مخالفاً للأداب ، لأن من يتعامل في تركة شخص لا يزال حياً إنما يضارب على موته . ويعده كذلك مخالفاً للنظام العام ، إذ هو خليق أن يغري ذا المصلحة أن يعجل بموت المورث . ونرى من ذلك أن القانون الروماني إنما حرم التعامل في التركة

(١) أنظر أيضاً المادة ١٣٢ من التقنين المدني السوري والمادة ١٣١ من التقنين المدني الليبي وهما مطابقتان للمادة ١٣١ من التقنين المدني المصري . ونصت المادة ١٢٩ من التقنين المدني العراقي على ما يأتي : «١ - يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان يمكن الحصول في المستقبل ، وعين تعيينها نافية للجهالة والغرر . ٢ - غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل» ونصت المادة ١٨٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على ما يأتي : «عدم وجود الموضوع (الحل) يستلزم انتفاء وجود العقد . ومع ذلك يجوز أن يكون الموضوع شيئاً مستقبلاً . ولكن لا يجوز التنازل عن إرث غير مستحق ، ولا إنشاء أي عقد على هذا الإرث أو على شيء من أشباهه ولو رضى المورث ، وإلا كان الحل باطلاً أصلاً» .

المستقبلية رعاية لحق المورث ، ومن ثم كان هذا التعامل يصح لو اشترك المورث في العقد أو أجازته . أما القوانين الحديثة فتحرم التعامل في التركة المستقبلية لمصلحة المورث والوارث معاً ، إذ الوارث الذي يتعامل في تركة مستقبلية يغلب أن يكون نزقاً طائشاً ، لا يكتفى بتبديد ما بيده من مال ، بل هو يبذل مقدماً ماعسى أن يصل إلى يده منه في المستقبل ، فجزاء التحريم في القوانين الحديثة هو البطلان المطلق ، ولا يصح التعامل حتى لو رضى به المورث .

والتعامل المحرم هو الذي يقع على تركة مستقبلية في مجموعها ، أو على جزء من هذا المجموع ، أو على مال معين ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة . ويستوى أن تأتي التركة من طريق الميراث أو من طريق الوصية ، فكما لا يجوز للوارث أن يتعامل في نصيبه في تركة مستقبلية كذلك لا يجوز للموصى له أن يتعامل قبل موت الموصى فيما أوصى له به .

أما الطرف الذي يقع منه التعامل ، فقد يكون هو الوارث يبيع من أجنبي نصيبه في التركة المستقبلية . وقد يقع التعامل بين وارث ووارث آخر يتفقان على قسمة ما سيقع في نصيب كل منهما من الميراث ، أو أن يبيع أحدهما نصيبه من الآخر . وقد يكون التعامل بين المورث نفسه ووارث أو أجنبي ، كأن يتفق المورث مع الوارث على إعطائه نصيباً من التركة أكبر أو أقل من نصيبه الشرعي ، أو يتفق مع أجنبي على إعطائه نصيباً من التركة يأخذه بعد موته . فالمورث لا يستطيع أن يفعل هذا أو ذاك إلا عن طريق الوصية ، وهي تختلف عن هذا الضرب من التعامل في أنها يجوز الرجوع فيها إلى موت الموصى ، وفي أنها لا تجوز إلا في حدود الثلث . والحكمة في تحريم التعامل على المورث نفسه ترجع إلى أن أحكام الميراث والوصية من النظام العام ، فإذا أبخنا للمورث التعامل في تركته المستقبلية استطاع أن يحيد عن هذه الأحكام .

وكل ضرب من ضروب التعامل في التركة المستقبلية محرم كما قدمنا .
فلا يجوز للوارث أن يبيع ميراثه المستقبل ، أو يهبه ، أو يقسمه ،
أو يقايض به ، أو يقدمه نصيباً في شركة ، أو يصالح عليه ، أو ينزل عنه
يارادته المنفردة . بل هو لا يستطيع أن يؤجره ، أو أن يجري عليه أى نوع
من أنواع التعامل ، إلا ما أجازته القانون بنص صريح وذلك كالوصية
وقسمة المورث .

المطلب الثاني

المحل يمكن

الإمكان يقابل الوجود :

كما أنه يشترط في الشيء محل الالتزام بنقل حق عيني أن يكون موجودا
على النحو الذي قدمناه ، كذلك يشترط في الالتزام بعمل أو بالامتناع عن
عمل أن يكون محل الالتزام ممكناً . والإمكان هنا يقابل الوجود هناك .
فإذا كان العمل أو الامتناع عن العمل مستحيلاً ، فإن العقد يكون باطلاً ،
لأنه لا التزام بمستحيل . وقد نصت المادة ١٣٢ من التقنين المدني المصري
على أنه : « إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته ، كان العقد باطلاً (١) » .

(١) أنظر أيضا المادة ١٣٣ من التقنين المدني السوري والمادة ١٣٢ من التقنين المدني
الليبي ، وهما مطابقتان للمادة ١٣٢ من التقنين المدني المصري . ونصت المادة ١٢٧ من التقنين
المدني العراقي على ما يأتي : « ١ . إذا كان محل الالتزام مستحيلاً استعالة مطلقة كان العقد باطلاً
٢ . أما إذا كان مستحيلاً على المدين ، دون أن تكون الاستعالة في ذاتها مطلقة ، صح العقد
وألزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بعهده » . ونصت المادة ١٩١ من تقنين الموجبات والعقود
اللبناني على ما يأتي : « باطل كل عقد يوجب شيئاً أو فعلاً مستحيلاً إذا كانت تلك الاستعالة
مطلقة لا يمكن تدليلها . أما الاستعالة التي لا تكون إلا من جهة المدين فلا تحول دون صحة
العقد . والموجب الذي لم يتفد يتحول حينئذ إلى بدل عطل وضرر » .

الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية :

ويتبين من المادة ١٣٢ سالفه الذكر أن محل الالتزام يجب أن يكون مستحيلا في ذاته حتى يكون العقد باطلا . وهذه هي الاستحالة المطلقة . أما إذا كان الالتزام مستحيلا بالنسبة إلى الملتزم وحده ، فهذه استحالة نسبية لا تجعل العقد باطلا ، ولكن تجعله قابلا للفسخ . فقد يلتزم شخص في مقابل جعل معين أن يقوم بعمل فني لا يستطيع تأديته ، ولكن العمل الفني في ذاته يمكن لفنان آخر أن يقوم به ، فيكون العقد صحيحاً ، ولكن لما كان المدين لا يستطيع القيام بالتزامه ، فإن للدائن الحق في مطالبة بتعويض ، وله أيضاً أن يطلب فسخ العقد . ومثل الاستحالة النسبية أيضاً أن يلتزم شخص في مقابل جعل معين أن يجتاز المانش سباحة ، أو أن يجد علاجاً لبعض الأمراض المستعصية كأمراض القلب والسل والسرطان ، ويكون الملتزم عن لا يستطيعون ذلك .

فالذي يجعل العقد باطلا هو الاستحالة المطلقة ، فيكون الالتزام مستحيلا في موضوعه ، لا بالنسبة إلى شخص معين سواء كان هذا الشخص هو الملتزم أو كان شخصاً غيره . والاستحالة المطلقة هي استحالة موضوعية بالنسبة إلى جميع الناس ، لا استحالة شخصية بالنسبة إلى بعض دون بعض . وهي تجعل العقد باطلا إذا كانت قائمة وقت التعاقد ، فإن جدد بعد التعاقد ، فإن العقد ينعقد صحيحاً ثم يكون بعد ذلك قابلاً للفسخ . ومثل الاستحالة المطلقة أن يتعهد شخص أن يجتاز المحيط سباحة ، أو أن يجد علاجاً يمنع الموت .

ويستخلص مما تقدم أن الاستحالة النسبية لا تجعل العقد باطلا ، سواء أكانت الاستحالة سابقة على وجود العقد أم كانت لاحقة له ، وإنما تجعله في الحالتين قابلاً للفسخ . أما الاستحالة المطلقة ، فإن كانت سابقة على وجود التعهد فإنها تجعل العقد باطلا ، وإن كانت لاحقة جعلته قابلاً للفسخ .

الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية :

وقد ترجع الاستحالة المطلقة ، لا إلى طبائع الأشياء ، بل إلى سبب في القانون ، كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن حكم بعد انقضاء الميعاد القانوني ، أو نقض في قضية لا يجوز فيها النقض ، فإذا قامت الاستحالة القانونية قبل التعاقد ، كان العقد باطلا . أما إذا قامت بعد التعاقد فإن العقد يكون قد انعقد صحيحاً ولكنه يكون قابلاً للفسخ بسبب هذه الاستحالة . وينبني على ذلك أن تعهد المحامي برفع الاستئناف ، إذا كان قد صدر بعد انتهاء الميعاد الذي يقبل فيه الاستئناف ، فإن العقد يكون باطلا . أما إذا كان قد صدر قبل الميعاد ، ولكن المحامي ترك الميعاد ينقضي دون أن يرفع الاستئناف ، وأصبح رفعه مستحيلاً ، فإن العقد ينعقد صحيحاً ، ثم يفسخ ، ويكون المحامي مسئولاً عن التعويض .

المبحث الثاني

وجود المحل أو إمكانه في الفقه الإسلامي

المطلب الأول

المحل موجود

يشترط وجود المحل فعلاً وقت التعاقد :

يشترط في الفقه الإسلامي أن يكون المحل موجوداً فعلاً وقت التعاقد . فإن لم يكن موجوداً فالعقد باطل ، حتى لو كان المحل محتمل الوجود ، بل حتى لو كان محقق الوجود في المستقبل .

جاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٣٨ - ١٣٩) في هذا الصدد ما يأتي :
« وأما الذي يرجع إلى المعتمد عليه فأنواع . منها أن يكون موجوداً ،

فلا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم ، كييع نتاج النتاج بأن قال بعت ولد ولد هذه الناقة وكذا بيع الحمل ، لأنه إن باع الولد فهو بيع المعدوم وإن باع الحمل فله خطر المعدوم . وكذا بيع اللبن في الضرع ، لأن له خطر المعدوم لاحتمال انتفاخ الضرع . وكذا بيع الثمر والزرع قبل ظهوره لأنهما معدوم ، وإن كان بعد الطلوع جازوإن كان قبل بدو صلاحهما إذا لم يشترط الترك ... وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان فيجوز بيع ماظهر منه ولايجوز بيع ما لم يظهر ، وهذا قول عامة العلماء رضى الله عنهم . وقال مالك رحمه الله إذا ظهر فيه الخارج الأول يجوز بيعه .. ولايجوز بيع الدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون والدهن في السمس والعصير في العنب والسمن في اللبن . . وكذا بيع البزر في البطيخ الصحيح لأنه بمنزلة الزيت في الزيتون ، وبيع النوى في التمر ، وكذلك بيع اللحم في الشاة الحية لأنها إنما تصير لحماً بالذبح والسلخ فكان بيع المعدوم فلا ينعقد . وكذا بيع الشحم الذى فيها وأليتها وأكارعها ورأسها ، لما قلنا . وكذا بيع البحر في السمس ، لأنه إنما يصير بحيراً بعد العصر . .

السبب في هذا التشدد هو خشية الغرر :

ويبدو أن الفقه الإسلامى يجعل بيع المعدوم باطلاعلى هذا النحو البالغ من التشدد ، إمعاناً في الخشية من الغرر . وهناك أمور ثلاثة يعتبرها الفقه الإسلامى غير مشروعة ، ويعمن في تجنبها ، وهى الغرر والربا وتعدد الصفقة في العقد الواحد . وسنرى أن كل أمر من هذه الأمور الثلاثة أثر تأثيراً عميقاً في المسائل والأحكام التفصيلية ، بحيث ابتعد الفقه الإسلامى في كثير منها عما تقتضيه ضرورات التعامل . ولو أمكن التبسط في فهم هذه الأمور الثلاثة بما يساير تطور الحضارة ، لزال كثير من الأسباب التى تقف بالفقه الإسلامى عن أن يتمشى مع مقتضيات التطور .

التمييز بين فروض مختلفة :

ونحن هنا - في بيع المعدوم - نواجه أول هذه الأمور الثلاثة ، وهو الغرر . فلننظر كيف كان الفقهاء حذرين من تسرب هذا العنصر إلى التعامل . فهم يشترطون أن يكون المبيع موجودا وقت البيع ، لأنه إذا لم يكن موجودا - حتى لو وجد في المستقبل - دخل عنصر الغرر ، وهم يحرصون على تجنبه . ويحسن من هذه الناحية أن نميز بين فروض خمسة : (١) الشيء بأكمله موجود وقت التعاقد (٢) الشيء في أصله موجود وقت التعاقد ثم يتكامل بعده (٣) الشيء غير موجود أصلا وقت التعاقد ولكنه يحقق الوجود في المستقبل (٤) الشيء غير موجود أصلا وقت التعاقد أو موجود في أصله وهو غير يحقق الوجود في المستقبل (٥) الشيء غير موجود أصلا وقت التعاقد وهو لن يوجد في المستقبل ، أي أن انعدام الشيء يحقق وقت التعاقد وبعده .

من هذه الفروض الخمسة يوجد فرضان - الأول والآخر - يفتني فيهما عنصر الغرر بتاتا . فالشيء الموجود بأكمله وقت التعاقد يصح التعاقد عليه ، ما في ذلك شك لا في الفقه الغربي ولا في الفقه الإسلامي . والشيء غير الموجود أصلا وقت التعاقد وبعده يكون التعاقد عليه باطلا ، ما في ذلك شك أيضا لا في الفقه الغربي ولا في الفقه الإسلامي .

بقيت الفروض الثلاثة الأخرى ، نتناولها الآن فرضا فرضا ، لنرى إلى أي مدى يدخل فيها عنصر الغرر .

١٥ - الشيء في أصله موجود وقت التعاقد ثم يتكامل بعده

عنصر الغرر يكاد يكون منتفيا ومن ثم فالتعامل جائز :

الأمثلة التي يغلب في هذا الفرض ورودها في النصوص هي بيع الثمر والزرع بعد الطلوع وقبل بدو الصلاح ، وبيع ما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان . وهنا عنصر الغرر يكاد يكون منتفيا ، فالثمر

أو الزرع قد طلع فعلا وسيبدو صلاحه ، والزرع قد وجد بعضه فعلا وسيفتلو بعض آخر . ومن ثم فإن الرأي المفتى به في المذهب الحنفي يقول بجواز بيع الثمر والزرع بعد الطلوع ولو قبل بدو الصلاح على تفصيل سنذكره ، ويذهب مالك إلى جواز بيع ما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض .
على أن النصوص الفقهية تشتمل على كثير من الأحكام التفصيلية في هذه المسألة نورد هنا بعضاً منها .

بيع الثمر والزرع بعد الطلوع وقبل بدو الصلاح جائز :

يمكن القول بوجه عام أن الفقه الإسلامي يجيز بيع الثمر والزرع بعد الطلوع ولو قبل بدو الصلاح ، على تفصيل نورد في شأنه بعض النصوص .
جاء في المبسوط (جزء ١٢ ص ١٩٤ - ص ١٩٧) : « وشرأ الثمار قبل أن تصير منتفعا بها لا يجوز ، لأنه إذا كان بحيث لا يصلح لتناول بني آدم أو علف الدواب فهو ليس بمال متقوم . فإن صار منتفعا به ، ولكن لم يبد صلاحه بعد بأن كان لا يأمن العاهة والفساد عليه (١) ، فاشترأ بشرط القطع ، يجوز . وإن اشترأ بشرط الترك ، لا يجوز . وإن اشترأ مطلقا ، يجوز عندنا ، لأن مطلق العقد يقتضى تسليم المعقود عليه في الحال ، فهو وشرط القطع سواء . وعند الشافعي لا يجوز ، لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، أو قال حتى يزهي ، أو قال حتى تؤمن العاهة . وتأويله عندنا في البيع بشرط الترك ، بدليل قوله أرأيت لو أذهب الله تعالى الثمرة بهم يستحل أحدكم مال أخيه المسلم ، وإنما يتوهم هذا إذا اشترى بشرط الترك إلى أن يبدو صلاحها . . . فأما إذا تناهى عظم الثمار وصار بحيث لا يزداد ذلك ولكن لم ينضج ، فإن اشترأ بشرط القطع أو مطلقا يجوز ، وإن اشترأ بشرط الترك ففي القياس العقد فاسد ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما قلنا ، وجوز محمد العقد في هذا الفصل استحسانا

(١) جاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ١٠٢) : لكن بدو الصلاح عندنا أن تأمن العاهة والفساد ، وعند الشافعي هو ظهور النضج وبدو الحلاوة .

لأنه شرط متعارف ومدة الترك يسيرة ، وقد يتحمل اليسير فيما لا يتحمل فيه الكثير ، مع أنه لا يؤخذ للزيادة من ملك البائع بعد هذا ، ولكن الشمس تنضجه بتقدير الله ، يأخذ اللون من القمر بتقدير الله ، والطعم من السكواكب بتقدير الله ، فلم يبق فيه إلا عمل الشمس والقمر والسكواكب ، فلهذا قال محمد استحسّن أن أجوزّه ، بخلاف ما قبل أن يتناهى عظمه . .

ويرى من هذا النص أن هناك تفصيلاً في جواز بيع الثمر والزرع بعد الطلوع وقبل بدو الصلاح . فيشترط للجواز أن يكون الثمر أو الزرع مما ينتفع به ، إذ المشتري ملزم بقطعه في الحال كما سنرى ، فوجب أن يكون عند القطع منتفعاً به حتى يصير مالا متقوماً .

ثم أن المشتري بعد أن يصير الثمر أو الزرع منتفعاً به وقبل بدو صلاحه ، يجب أن يشتري بشرط القطع أو أن يشتري مطلقاً ، وفي الحالتين يلتزم بقطع الثمر أو الزرع في الحال فلا يبقى شيء في أرض البائع . أما إذا اشتري بشرط الترك أي بشرط أن يبقى الثمر أو الزرع في أرض البائع حتى يبدو صلاحه ثم يدرك فيقطعه بعد ذلك ، فبالرغم من أن هذا هو الفرض الطبيعي ، فإن العقد يكون مع ذلك فاسداً ، للغرر أولاً ، ولأن المشتري يكون بذلك قد اشترط أن يبقى شاغلاً ملك البائع ، وهذا — كما يقول الزيلعي (جزء ٤ ص ١٢) — « شرط لا يقتضيه العقد ، وهو شغل ملك الغير . أو نقول أنه صفقة في صفقة ، لأنه إجارة في بيع إن كان للمنفعة حصّة من الثمن ، أو إجارة في بيع إن لم يكن لها حصّة من الثمن ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقة في صفقة . »

على أن المشتري إذا اشتري بشرط الترك فيما تناهى عظمه من الثمر أو الزرع ، صح بيعه عند محمد استحساناً ، لأنه شرط متعارف ومدة الترك يسيرة ، وقد يتحمل اليسير فيما لا يتحمل فيه الكثير ، مع أنه لا يؤخذ للزيادة من ملك البائع بعد هذا . أما أبو حنيفة وأبو يوسف فيقيان على القياس ،

ويذهب إلى أن البيع فاسد حتى في هذه الحالة .

وقد جاء في الفتاوى الهندية (٣ ص ١٠٦) في هذا المعنى : « فإن تناهى عظمها ، فباعها مطلقاً أو بشرط القطع صح ، وإن باع بشرط الترك ، لم يصح قياساً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ، وصح استحساناً عند محمد رحمه الله تعالى . وفي الأسرار أن الفتوى على قوله ، كذا في الكافي . وفي التحفة الصحيح قولها ، كذا في النهر الفائق . »

وإذا اشترى مطلقاً ، وجب أن يقطعه في الحال كما قدمنا . ولما كان المفروض أن الثمر أو الزرع لم يبد صلاحه ، فقد يتركه المشتري في الأرض حتى يبدو صلاحه ثم يدرك ، ولكن لا يكون ذلك بشرط الترك يشترطه المشتري على البائع فإن هذا الشرط يفسد البيع كما رأينا ، ولكن دون شرط ، بإذن من البائع أو بغير إذنه . وهنا يقول صاحب فتح القدير (جزء ٥ ص ١٠٣) : « ولو باع ما لم يتناه عظمه مطلقاً عن الشرط ثم تركه ، فيما ياذن البائع إذناً مجرداً ، أو ياذن في ضمن الإجارة بأن استأجر الأشجار إلى وقت الإدراك ، أو بلا إذن . ففي صورتين الأوليين يطيب له الفضل والأكل : أما في الإذن المجرد فظاهر ، وأما في الإجارة فلأنها إجارة باطلة لعدم التعارف في إجارة الأشجار وعدم الحاجة ، فإن الحاجة ليست بمتعينة في ذلك ، وإنما تتعين لو لم يكن مخلص إلا بالاستئجار ، وهنا يمكن أن يشتري الثمار مع أصولها فيتركها عليها . ولا يخفى ما في هذا من العسر فانه يستدعي شراء ما لا حاجة له إليه ، أو ما لا يقدر على ثمنه ، وقد لا يوافق البائع على بيع الأشجار ، فالأول أولى . وأصل الإجارة مقتضى القياس فيها البطلان ، إلا أن الشرع أجازها للحاجة فيما فيه تعامل ، ولا تعامل في إجارة الأشجار المجردة ، فلا يجوز ، وكذا لو استأجر أشجاراً ليجفف عليها ثيابه لا يجوز ، ذكره الكرخي . وإذا بطلت بقي الإذن معتبراً ، فيطيب . بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك ، حيث لا يطيب له الفضل ، لأن الإجارة هناك فاسدة ، لأن الأرض تجوز إيجارتها وإنما فسدت لجهالة الأجل فأورث خبشاً . أما

هنا فالإجارة باطلة ، والباطل لا وجود له ، فلم يوجد إلا الاذن ، فطاب .
 أما الفاسد فله وجود ، فكان الاذن ثابتاً في ضمنه باعتباره ، فمنع . وهنا صار
 الاذن مستقلاً بنفسه ، وهذا بناء على عدم عذره بالجهل في دار الاسلام إن
 كان جاهلاً بطلان الإجارة . وفي الثالثة لا يطيب له ، ويتصدق بما زاد ،
 لأنه حصل بجهة محظورة . أما إذا باع ما تنهى عظمه فتركه المشتري بغير
 إذن البائع ، فانه لا يتصدق بشيء . لأنه لم يزد في ذاتها شيء . وهذا قول
 المصنف : لأن هذا تغير حالة لا تحقق زيادة ، أي تغير من وصف إلى آخر
 بواسطة إنضاج الشمس له . نعم عليه إثم غصب المنفعة ، يتعلق به ، لا بالعين
 المباعة باثبات خبث فيها .

ويخلص مما تقدم أن المشتري لو أبقى الزرع في الأرض أو الثمر على الشجر
 بإذن معتبر من البائع ، بأن كان إذناً مجرداً أو إذناً ضمن إجارة باطلة لا وجود
 لها . كإجارة الأشجار لبقاء الثمر إذ لا تعامل في إجارة الأشجار المجردة .
 فثما الزرع أو الثمر ، طاب له الفضل لقيام الاذن المعتبر . أما لو أبقى الزرع
 أو الثمر بغير إذن أو بإذن ضمن إجارة فاسدة — كإجارة الأرض لبقاء
 الزرع حيث تكون الإجارة فاسدة لجهالة الأجل — لم يطب له الفضل ،
 ووجب عليه التصديق به ، إلا فيما تنهى عظمه فإنه لا يزيد شيئاً فلا فضل
 يتصدق به .

كذلك إذا اشترى مطلقاً ، فأثمرت ثمراً آخر ، أي لم يقتصر الأمر على
 نمو الثمر أو الزرع المبيع بل حدثت زيادة فيه ، فإن كانت الزيادة قبل القبض
 ، فسد البيع لعجزه عن التسليم . ولو أثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط ،
 والقول قول المشتري في مقداره لأنه في يده ، (الزيلعي ٤ ص ١٢) . وجاء
 في الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ١٠٧) في هذا المعنى : « ولو اشتراها مطلقاً
 عن القطع وأثمرت ثمرة ، فإن كان قبل تخلية البائع بين المشتري والثمار فسد
 البيع . وإن كان بعدها لم يفسد ، ويشتركان ، والقول للمشتري في مقدار
 الزائد مع يمينه ، . وجاءنا في فتح القدير (جزء ٥ ص ١٠٥) : « ولو اشتراها

مطلقا ، فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع ، لأنه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ، فأشبهه هلاكة قبل التسليم . ولو أثمرت بعد القبض ، فيشتركان فيه للاختلاط ، والقول قول المشتري في مقداره مع يمينه لأنه في يده . .

ومذهب مالك يقرب من المذهب الحنفي ، ويلخصه ابن جزى في القوانين الفقهية (ص ٢٦١) في العبارات الآتية : « ولا يجوز بيع الثمار حتى يبدو صلاحها . ويستوى في ذلك العنب والتمر وجميع الفواكه والمقاني والخضروات وجميع البقول والزرع ، وبدو الصلاح مختلف : ففي التمر أن يحمر ويصفر ، وفي العنب أن يسود وتبدو الحلاوة فيه ، وفي سائر الفواكه والبقول أن تطيب للأكل ، وفي الزرع أن يبس ويشد وإنما يجوز بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها على شرط القطع إن كانت مما ينتفع به . كالقصيل وغيره . فإن شرط فيها التبقية ، لم يحز البيع . وإن سكت عن التبقية والقطع ، فقولان . فإن اشتراها قبل بدو الصلاح على شرط القطع ثم أبقاها ، انفسخ البيع ، وإن اشترى الأرض بعد ذلك جاز تبقية الزرع ، ونرى من ذلك أن مذهب مالك ، كالذهب الحنفي ، يحيز بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها إن كانت مما ينتفع به على شرط القطع ، ولا يحيزه على شرط التبقية أو الترك ، وإن كان البيع مطلقا عن شرط القطع وعن شرط الترك ففي المذهب قولان ، قول يحيز وقول لا يحيز .

ومذهب الشافعي هو أيضاً يحيز بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح على أن يكون البيع مقترناً بشرط القطع . جاء في المهذب (جزء أول ص ٢٨١) : « ولا يجوز بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع . لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، وروى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ثمرة النحل حتى تزهى ، والسنبل والزرع حتى يبيض ويأمن العاهة . ولأن المبيع إنما ينقل على حسب العادة ، ولهذا لو اشترى بالليل

متاعا لم يكاف نقله حتى يصبح ، والعادة في الثمار تركها إلى أوان الجذاذ ، فإذا باعها قبل بدو الصلاح لم يأمن أن يصيبها عاهة فتلف ، وذلك غرر من غير حاجة فلم يحز . وإن باعها بشرط القطع جاز ، لأنه يأخذه قبل أن يتلف فيما من الغرر . وإن باع الثمرة ممن يملك الأصل أو الزرع ممن يملك الأرض ، ففيه وجهان : أحدهما يصح لأنه يحصل للمالك الأصل فجاز كما لو باعها مع الشجر والأرض ، والثاني لا يصح لأنه أفردته بالبيع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع فأشبهه إذا باعها من غير مالك الأصل .

ومذهب أحمد كالمازهاب الأخرى يحيز بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح بشرط القطع . جاء في المغنى (جزء ٤ ص ٢٠٢ - ص ٢٠٩) : « لا يخلو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من ثلاثة أقسام : (أحدها) أن يشتريها بشرط التبقية ، فلا يصح البيع إجماعا لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمبتاع ، متفق عليه ، والنهي يقتضى فساد المنهى عنه . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا الحديث (القسم الثاني) أن يبيعها بشرط القطع في الحال ، فيصح بالإجماع ، لأن المنع كان خوفا من تلف الثمرة ، وحدث العاهة عليها قبل أخذها ، بدليل ما روى أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهر ، قال : رأيت إن منع الله الثمرة ، بم يأخذ أحدكم مال أخيه . رواه البخاري ، وهذا مأمون فيما يقطع ، فصح بيعه كما لو بدا صلاحه . (القسم الثالث) أن يبيعها مطلما ولم يشترط قطعا ولا تبقية ، فالبيع باطل ، وبه قال مالك والشافعي . وأجازه أبو حنيفة ، لأن إطلاق العقد يقتضى القطع فهو كما لو اشترطه ، قال ومعنى النهي أن يبيعها مدركة قبل إدراكها بدلالة قوله : رأيت إن منع الله الثمرة ، بم يأخذ أحدكم مال أخيه ! فلفظة المنع تدل على أن العقد يتناول معنى هو مفقود في الحال حتى يتصور المنع . ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم أطلق النهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، فيدخل

فيه محل النزاع ، واستدلوا لهم بسياق الحديث يدل على هدم قاعدتهم التي قررها في أن إطلاق العقد يقتضى القطع ، ويقرر ما قلنا من أن إطلاق العقد يقتضى التبقية فيصير العقد المطلق كالذي شرطت فيه التبقية يتناولهما النهى جميعا ، ويصبح تعليلهما بالعلة التي علل بها النبي صلى الله عليه وسلم من منع الثمرة وهلاكها . وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع على ثلاثة أضرب : (أحدها) أن يبيعها مفردة لغير مالك الأصل ، فهذا الضرب الذي ذكرنا حكمه وبيننا بطلانه . (الثاني) أن يبيعها مع الأصل ، فيجوز بالإجماع لقول النبي صلى الله عليه وسلم : من ابتاع نخلة بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترطها المبتاع ، ولأنه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعها في البيع فلم يضر احتمال الغرر فيها كما احتملت الجهالة في بيع اللبن في الضرع مع بيع الشاة والنوى في التمر مع التمر وأساسات الحيطان في بيع الدار (الثالث) أن يبيعها مفردة لمالك الأصل ، نحو أن تكون للبائع ولا يشترطها المبتاع فيبيعها له بعد ذلك أو يوصي لرجل بشمرة نخلة فيبيعها لورثة الموصى ، ففيه وجهان : أحدهما يصح البيع ، وهو المشهور من قول مالك ، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأنه يجتمع الأصل والثمره للمشتري ، فيصح كما لو اشتراها معا ، ولأنه إذا باعها لمالك الأصل حصل التسليم إلى المشتري على الكمال لكونه مالكا لأصولها وقرارها ، فصح بيعها مع أصلها . والثاني لا يصح ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأن العقد يتناول الثمرة خاصة والغرر فيما يتناوله العقد أصلا يمنع الصحة كما لو كانت الأصول لأجنبي ، ولأنها تدخل في عموم النهى بخلاف ما إذا باعها معا فإنه مستثنى بالخبر المروى فيه ، ولأن الغرر فيما يتناوله العقد أصلا يمنع الصحة وفيما إذا باعها معا تدخل الثمرة تبعاً ويجوز في التابع من الغرر مالا يجوز في المتبوع كما يجوز بيع اللبن في الضرع والحمل مع الشاة وغيرهما . وأن باعها الثمرة بشرط القطع في الحال صح وجهاً واحداً ، ولا يلزم المشتري الوفاء بالشرط لأن الأصل له .

وقد لخص ابن رشد في بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٢٢ - ص ١٢٦) المذاهب جميعاً في هذه المسألة . وجاء فيما قاله في ذلك : « وأما بيع الثمار فإنه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها وحتى تزهي . ويتعلق بذلك مسائل مشهورة نذكر نحن منها عيونها . وذلك أن بيع الثمار لا يخلو أن يكون قبل أن تخلق أو بعد أن تخلق . ثم إذا خلقت لا يخلو أن تكون بعد الصرام أو قبله . ثم إذا كان قبل الصرام فلا يخلو أن تكون قبل أن تزهي أو بعد أن تزهي . وكل واحد من هذين لا يخلو أن يكون بيعاً مطلقاً أو بشرط التبقية أو بشرط القطع . »

« أما القسم الأول وهو بيع الثمار قبل أن تخلق ، فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك . . . وأما بيعها بعد الصرام ، فلا خلاف في جوازه . وأما بيعها بعد أن خلقت فأكثر العلماء على جواز ذلك على التفصيل الذي ذكره ، إلا ما روى عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وعن عكرمة أنه لا يجوز إلا بعد الصرام . فإذا قلنا بقول الجمهور أنه يجوز قبل الصرام ، فلا يخلو أن تكون بعد أن تزهي أو قبل أن تزهي . وقد قلنا أن ذلك لا يخلو أن يكون بيعاً مطلقاً أو بيعاً بشرط القطع أو بشرط التبقية . فأما بيعها قبل الزهو بشرط القطع ، فلا خلاف في جوازه ، إلا ما روى عن الثوري وابن أبي ليلى من منع ذلك وهي رواية ضعيفة . وأما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية ، فلا خلاف في أنه لا يجوز إلا ما ذكره اللخمي من جوازه تخريجاً على المذهب . وأما بيعها قبل الزهو مطلقاً ، فاختلف في ذلك فقهاء الأمصار . فجمهورهم على أنه لا يجوز : مالك والشافعي وأحمد وأسحاق والليث والثوري وغيرهم . وقال أبو حنيفة يجوز ذلك إلا أنه يلزم المشتري عنده فيه القطع ، لا من جهة ما هو بيع ما لم يره ، بل من جهة أن ذلك شرط عنده في بيع الثمر على ما سيأتي بعد . أما دليل الجمهور على منع بيعها مطلقاً قبل الزهو فالحديث الثابت عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمشتري ، فعلم أن ما بعد الغاية بخلاف ما قبل

الغاية ، وأن هذا النهى يتناول البيع المطلق هو البيع بشرط التبقية . ولما ظهر للجمهور أن المعنى فى هذا خوف ما يصيب الثمار من الجائحة غالباً قبل أن تزهى لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث أنس بن مالك بعد نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو : رأيت أن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ، لم يحمل العلماء النهى فى هذا على الإطلاق أى النهى عن البيع قبل الازها ، بل رأت أن معنى النهى هو بيعه بشرط التبقية إلى الازها ، فأجازوا بيعها قبل الازها بشرط القطع . واختلفوا إذا ورد البيع مطلقاً فى هذه الحال . هل يحمل على القطع وهو الجائز . أو على التبقية المتنوعة ؟ فمن حمل الإطلاق على التبقية أو رأى أن النهى يتناوله بعمومه قال لا يجوز ، ومن حمله على القطع قال يجوز . والمشهور عن مالك أن الإطلاق محمول على التبقية ، وقد قيل عنه أنه محمول على القطع . وأما الكوفيون فحجّتهم فى بيع الثمار مطلقاً قبل أن تزهى حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من باع نخلة قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع . قالوا فلما جاز أن يشترطه المبتاع جاز بيعه مفرداً ، وحملوا الحديث الوارد بالنهى عن بيع الثمار قبل أن تزهى على النذب . واحتجوا لذلك بما روى عن زيد ابن ثابت قال كان الناس فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، فإذا جد الناس وحضر تقاضيتهم ، قال المبتاع أصاب الثمر الزمان ... وأمراض لعاهات يذكرونها ، فلما كثرت خصومتهم عند النبى قال كالمشورة يشير بها عليهم لا يتبعوا الثمر حتى يبدو صلاحها . وربما قالوا أن المعنى الذى دل عليه الحديث فى قوله حتى يبدو صلاحه هو ظهور الثمرة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام : رأيت أن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ! وقد كان يجب على من قال من الكوفيين بهذا القول ، ولم يكن يرى رأى أبى حنيفة فى أن من ضرورة بيع الثمار القطع ، أن يجوز بيع الثمر قبل يبدو صلاحها على شرط التبقية .

ويخلص مما قدمناه من النصوص فى مختلف المذاهب أنه يجوز بيع الثمر أو الزرع قبل أن يبدو صلاحه . ولولا أن الفقهاء اشترطوا القطع فوراً

وجعلوا البيع بشرط الترك أو التبقية فاسداً ، لاستقام الأمر . ولا شك في أن قطع الثمر أو الزرع قبل أن يبدو صلاحه يتعارض مع الحاجة إلى استبقائه على الشجر أو في الأرض حتى ينضج ويدرك . وقد أخذ ابن رشد في النص الأخير الذي نقلناه عنه — على الكوفيين الذين يحملون الحديث الوارد بالنهاي عن بيع الثمار قبل أن تزهي على النذب ، أنه كان يجب عليهم أن يجيزوا بيع الثمر قبل بدو صلاحه على شرط التبقية . ولكننا رأينا أن المذهب الحنفي يفسد البيع بشرط الترك أو التبقية ، ولا يجيزه إلا بشرط القطع ، ثم يحمل البيع مطلقاً على البيع بشرط القطع فيجيزه .

على أنه ينبغي أن نسجل ما في المذهب الحنفي من تطور ملحوظ في هذه المسألة . فهو يبدأ بتقرير الأحكام التي قررتها معه المذاهب الأخرى ، وهي أحكام يضيق بها التعامل . فهو لا يجيز بيع الزرع قبل بدو صلاحه ، ولو طلع وصار منتفعاً به ، إذا اشترط المشتري تركه في الأرض أو على الشجر حتى بدو الصلاح وإنما يجيز بيعه بشرط القطع ، أو مطلقاً ويحمل الإطلاق على القطع كما قدمنا . وإلى هنا ليس في الأحكام المرونة الواجبة ، فبيع الزرع بشرط القطع إنما هو بيع شيء موجود متكامل الوجود ، فكأن تكامل الوجود في الشيء لا يزال شرطاً في التعامل . فإذا كان الزرع بحال لم يتم نضجه ، وتقضى الضرورة أن يباع بشرط الترك حتى ينضج ، فهنا محل التسليم ببيع شيء لم يتكامل وجوده ، ولكن المذهب لا يسلم ذلك ، ويذهب إلى فساد البيع إذا اشترط المشتري ترك الزرع .

ولكن — وهنا نرى التطور ملحوظاً — يخفف من حدة هذه الأحكام ما يأتي :

(أولاً) يستحسن محمد — وما أروع الاستحسان هنا فهو مصدر خصب لتطور الفقه الإسلامي — جواز بيع الزرع قبل بدو صلاحه ، وبشرط الترك ، إذا تناهى عظمه : لأن مدة الترك يسيرة ، وقد يتحمل

اليسير فيما لا يتحمل فيه الكثير . مع أنه لا يؤخذ للزيادة من ملك البائع بعد هذا .

(ثانياً) وإذا كان أبو حنيفة وأبو يوسف يريان أن البيع فاسد في الفرض المتقدم ، فإنهما مع ذلك يجيزان في البيع المطلق أن يترك المشتري الزرع فعلا في الأرض حتى ينضج ، بإذن معتبر من البائع — سواء كان الإذن مجردا أو كان أذنا ضمن إجارة باطلة — وتطيب الزيادة في هذه الحالة للمشتري ، فلا يجب عليه التصديق بها .

(ثالثاً) وإذا كانت الأئمة الثلاثة — أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد — يرون أن البيع بشرط الترك فاسد فيما لم يتناه عظمه ، فإنهم جميعا في هذه الحالة يجيزون في البيع المطلق ترك الزرع فعلا في الأرض حتى ينضج بإذن معتبر من البائع ، وتطيب الزيادة للمشتري على الوجه السالف الذكر .

(رابعا) أما إذا لم يكن هناك إذن معتبر — بأن لم يوجد الإذن أصلا أو كان الإذن ضمن إجارة فاسدة — فإنه يجوز مع ذلك ترك الزرع في الأرض فعلا ، بل وتطيب الزيادة للمشتري فيما تناهى عظمه من الزرع فلا يتصدق بها ، وقد رأينا أن محمداً يذهب إلى أبعد من ذلك ، فيجيز البيع بشرط الترك فيما تناهى عظمه .

(خامساً) وحتى في الزرع الذي لم يتناه عظمه ، إذا بيع مطلقاً ، ولم يكن هناك إذن معتبر ، فإنه يجوز مع ذلك ترك الزرع في الأرض فعلا حتى ينضج . وإذا كانت الزيادة في هذه الحالة لا تطيب للمشتري وعليه أن يتصدق بها ، فإن هذا الحكم لا يتعلق بالقضاء ، بل هو حكم في الدين ، أما في القضاء فإن الزيادة تكون ملكا للمشتري ، وإلا لما جاز له أن يتصدق بها .

فها نحن في المذهب الحنفي قد وصلنا — بسلسلة محكمة الحلقات من الترخيص المحمود — إلى جواز بيع الزرع قبل بدو صلاحه مع تركه في الأرض حتى ينضج .

بيع ما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض :

هنا أيضاً الشيء في أصله موجود وقت التعاقد، ثم يتكامل بعده. فعنصر
 تغرر ليس من الجسامة بحيث ينبغي أن يفسد العقد. ولكن المذاهب مع
 ذلك تباينت أزاء هذا البيع. فالحنفية والشافعية والحنابلة يجيزون بيع ما ظهر
 من الزرع دون ما لم يظهر، مع شيء من التردد في المذهب الحنفي في جواز
 البيع حتى فيما لم يظهر. أما المالكية فيجيزون بيع ما ظهر من الزرع وما لم
 يظهر على السواء، وينزلون في ذلك بحق على مقتضى حاجة التعامل.

جاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٣٩) : « وما يوجد من الزرع بعضه بعد -
 بعض كالبطيخ والباذنجان فيجوز بيع ما ظهر منه ولا يجوز بيع ما لم يظهر،
 وهذا قول عامة العلماء رضي الله عنهم. وقال مالك رحمه الله إذا ظهر فيه الخارج
 الأول يجوز بيعه، لأن فيه ضرورة لأنه لا يظهر الكل دفعة واحدة بل على
 التعاقب بعضها بعد بعض، فلو لم يحز بيع الكل عند ظهور البعض لوقع
 الناس في الحرج. ولنا أن ما لم يظهر منه معدوم فلا يحتمل البيع، ودعوى
 الضرورة والحرج ممنوعة، فإنه يمكنه أن يبيع الأصل بما فيه من الثمر،
 وما يحدث منه بعد ذلك يكون ملك المشتري. ويسهب صاحب المبسوط
 (جزء ١٢ ص ١٩٧) في بيان الحكم على الوجه الآتي : « ولم يذكر فصلاً
 آخر في الكتاب، وهو ما إذا صار بعض الثمار منتفعا به ولم يخرج البعض
 بعد، كالتين ونحوه. فاشترى الكل. فظاهر المذهب أن هذا العقد لا يجوز
 عندنا خلافاً للمالك، فإنه يقول بأن وجود صفة المالية والتقوم في شيء، مما هو
 المقصود يجعل كوجوده في الكل للحاجة إلى ذلك، كما أن في باب الإجارة
 يجعل وجود جزء من المنفعة كوجود الكل في حق جواز العقد، أو
 يجعل ما خرج أصلاً وما لم يخرج منه جعل تبعاً له في حق جواز العقد لتعامل
 الناس ولكننا نقول جمع في العقد بين المعدوم والموجود، والمعدوم
 لا يقبل البيع، وحصّة الموجود من البذل غير معلوم. فلا يجوز العقد.

قال رضى الله عنه وكان شيخنا الامام شمس الأئمة يفتى بجواز هذا البيع في الثمار والباذنجان والبطيخ وغير ذلك . وهكذا حكى عن الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل ، قال أجعل الموجود أصلاً في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعاً ، قال استحسن فيه لتعامل الناس ، فإنهم تعاملوا ببيع ثمار الكرم بهذه الصفة ، ولهم في ذلك عادة ظاهرة . وفي نزعهم عن عادتهم حرج بين . قال وقد رأيت رواية في هذا عن محمد ، وهو في بيع الورد على الأشجار فإن الورد متلاحق ، ثم جوز البيع في الكل مطلقاً بهذا الطريق . قال الشيخ الامام ولكن الأول عندي أصح ، لأن المصير إلى هذا الطريق عند تحقق الضرورة ، ولا ضرورة في الباذنجان والبطيخ . فإنه يمكن أن يبيع أصولها حتى يكون ما يحدث من ملك المشتري له . وفي الثمار كذلك فإنه يمكن أن يشتري الموجود المنتفع به ببعض الثمن ثم يؤخر العقد فيما بقي إلى أن يصير منتفعاً به ، أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويحل له البائع أن ينتفع بما يحدث ، فيحصل مقصودهما بهذا الطريق .

ونرى من ذلك مبلغ ما يبذل من جهد في المذهب الحنفى لإباحة بيع ما لم يظهر من الزرع . وقد وجد في المذهب قول مرجوح لشمس الأئمة الحلوانى ولأبى بكر محمد بن الفضل البخارى يذهب إلى جواز بيع ما لم يظهر من الزرع ، استحسنانا لعادة الناس في التعامل على ذلك وللضرورة ، بل حكى عن محمد جواز بيع الورد المتلاحق على الأشجار . وحمل صاحب البدائع (جزء ٥ ص ١٧٤) الجواز على أصل محمد . ويجعل أصحاب هذا القول ما ظهر من الزرع هو الأصل وما لم يظهر منه يكون تبعاً للأصل فيبائع معه .

ولكن السرخسى صاحب المبسوط يقول أن الأصح في المذهب هو عدم جواز بيع ما لم يظهر من الزرع ، إذ لا ضرورة تقتضى جواز هذا البيع ، ففي مثل الباذنجان والبطيخ يمكن أن تباع أصولها حتى يكون ما يحدث من ملك المشتري ، وفي الثمار يشتري الموجود المنتفع به ببعض الثمن ويؤخر

العقد فيما بقي إلى أن يصير منتفعا به ، أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويحل له البائع أن ينتفع بما يحدث .

وتردد كتب المذهب الحنفي ما جاء في المبسوط . من ذلك ما جاء في الزيلعي (جزء ٤ ص ١٢) : « ولو اشتراها مطلقاً فأثمر ثمرأ آخر قبل القبض ، فسد البيع لعجزه عن التسليم . ولو أثمر بعد القبض ، يشتركان فيه للإختلاط ، والقول قول المشتري في مقداره لأنه في يده . » وكذا في الباذنجان والبطيخ . والمخلص أن يشتري الأصول لتحصل الزيادة في ملكه ، ثم يبيع الأصول بعد قضاء حاجته من البائع إن شاء . وقيل المخلص فيه أن يشتري الثمار الموجودة والمعدومة فإنه جائز عند بعضهم إذا كان الموجوداً أكثر . فحاصله أن لهذه المسألة ثلاث صور : أحدها إذا خرج الثمر كله ، فإنه يجوز بيعه بالإتفاق ، وحكمه ما مضى . ثانيها ألا يخرج شيء منه ، فإنه لا يجوز بيعه إتفاقاً . ثالثها أن يخرج بعضها دون بعض ، فإنه لا يجوز في ظاهر المذهب . وقيل يجوز إذا كان الخارج أكثر ، ويجعل المعدوم تبعاً للموجود استحساناً لتعامل الناس وللضرورة . وكان شمس الأئمة الحلواني وأبو بكر محمد بن الفضل البخاري يفتيان به . وقال شمس الأئمة السرخسي والأصح أنه لا يجوز ، لأن المصير إلى مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة ، ولا ضرورة هنا ، لأنه يمكنه أن يبيع الأصول على ما بينا ، أو يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد في الباقي إلى وقت وجوده ، أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويبيع له الانتفاع بما يحدث منه ، فيحصل مقصودهما بهذا الطريق . فلا ضرورة إلى تجويز العقد في المعدوم مصادماً للنص ، وهو ما روى أنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم ، . ويلاحظ أن الزيلعي عندما تكلم في جعل ما ظهر من الثمر أصلاً وما لم يظهر تبعاً فرض أن ما ظهر هو الأكثر وهو قول محمد بن الفضل البخاري ، ولكن السرخسي في المبسوط لم يورد هذا القيد كما رأينا وهو قول شمس الأئمة الحلواني . وجاء في فتح القدير

(جزء ٥ ص ١٠٥) : « ولو اشتراها مطلقاً فأثمرت ثمراً آخر قبل القبض ففسد البيع ، لأنه لا يمكنه تسليم البيع لتعذر التمييز ، فأشبهه هلاكه قبل التسليم . ولو أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط ، والقول قول المشتري في مقداره مع يمينه لأنه في يده . وكذا في بيع الباذنجان والبطيخ ، إذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشتراكاً كما ذكرنا . وكان الحلواني يفتى بجوازه في الكل ، وزعم أنه مروي عن أصحابنا ، وكذا حكى عن الإمام الفضلي وكان يقول الموجود وقت العقد أصل وما يحدث تبع ، نقله شمس الأئمة عنه ، ولم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد يكون أكثر ، بل قال عنه أجعل الموجود أصلاً في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعاً ، وقد استحسن فيه لتعامل الناس فإنهم تعاملوا ببيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس من عاداتهم حرج . وقد رأيت رواية في نحو هذا عن محمد رحمه الله ، وهو بيع الورد على الأشجار ، فإن الورد متلاحق ، ثم جوز البيع في الكل بهذا الطريق ، وهو قول مالك رحمه الله . والمخاص من هذه اللوازم الصعبة أن يشتري أصول الباذنجان والبطيخ والرطوبة ليكون ما يحدث على ملكه . وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمن ، ويستأجر الأرض مدة معلومة يعلم غاية الإدراك وانقضاء الغرض فيها بباقي الثمن . وفي ثمار الأشجار يشتري الموجود ويحل له البائع ما يوجد ، فإن خاف أن يرجع يفعل كما قال الفقيه أبو الليث في الأذن في ترك الثمر على الشجر ، وهو أن يأذن المشتري على أنه متى رجع عن الأذن كان مأذوناً في الترك بإذن جديد فيحله على مثل هذا الشرط ، .

ومذهب الشافعية والحنابلة كالمذهب الحنفي فيما قدمناه . جاء في المغنى (جزء ٤ ص ٢٠٥ - ٢٠٩) : « ولا يجوز بيع القثاء والخيار والباذنجان وما أشبهه إلا لقطة لقطة . وجملة ذلك أنه إذا باع ثمرة شيء من هذه البقول لم يحز إلا ببيع الموجود منها دون المعدوم ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي .

وقال مالك يجوز بيع الجميع لأن ذلك يشق تمييزه ، فجعل ما لم يظهر تبعاً لما ظهر ، كما أن ما لم يبد صلاحه تبع لما بدا . ولنا أنها ثمرة لم تخلق فلم يجز بيعها كما لو باعها قبل ظهور شيء منها ، والحاجة تندفع ببيع أصوله ، ولأن ما لم يبد صلاحه يجوز إفراده بالبيع بخلاف ما لم يخلق ، ولأن ما لم يخلق من ثمرة النخل لا يجوز بيعه تبعاً لما خلق وإن كان يجوز بيع ما لم يبد صلاحه تبعاً لما بدا . إذا تقرر هذا فإن باعها قبل بدو صلاحها لم يجز إلا بشرط القطع ، فإن كان بعد بدو صلاحها جاز مطلقاً وبشرط القطع والتبعية على ما ذكرنا في ثمرة الأشجار ، وقد بينا بماذا يكون بدو صلاحه ، قال القاضي ويصح بيع أصول هذه البقول التي تتكرر ثمرتها من غير شرط القطع ، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي . ولا فرق بين كون الأصول صغاراً أو كباراً مشمرة أو غير مشمرة ، لأنه أصل تكرر فيه الثمر فأشبهه الشجر .

أما مذهب مالك فقد خطا خطوة كبيرة إلى الأمام ، وأجاز كما قدمنا بيع ما لم يظهر من الزرع مع ما ظهر . جاء في القوانين الفقهية لابن جزي (ص ٢٦١) «وإذا كانت الثمرة تطعم بطناً بعد بطن ، جاز بيع سائر البطون ببدو صلاح الأول إذا كانت متتابعة كالمقائى والتين ، خلافاً لهم . فإن كانت منفصلة ، لم يجز بيع الثاني بصلاح الأول اتفاقاً ، كالباكور مع تين العصير . ويحصل ابن رشد في بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٣٠ و ١٣١) مذهب مالك في هذه المسألة على الوجه الآتي : «أجمع فقهاء الأمصار على بيع الثمر الذي يثمر بطناً واحداً يطيب بعضه وإن لم تطب جملة معاً . واختلفوا فيما يثمر بطوناً مختلفة . وتحصيل مذهب مالك في ذلك أن البطون المختلفة لا تخلو أن تتصل أو لا تتصل . فإن لم تتصل لم يكن بيع ما لم يخلق منها داخلاً فيما خلق ، كشجر التين يوجد فيه الباكور والعصير . ثم أن اتصلت ، فلا يخلو أن تتميز البطون أو لا تتميز . فمثال المتميز جز القصيل الذي يحز مدة بعد مدة ، ومثال غير المتميز المباطخ والمقائى والباذنجان والقرع . ففي الذي يتميز عنه وينفصل روايتان ، أحدهما الجواز والآخرى المنع . وفي الذي يتصل ولا يتميز قول

واحد وهو الجواز . وخالفه الكوفيون وأحمد وإسحاق والشافعي في هذا كله ، فقالوا لا يجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر . وحجة مالك فيما لا يتميز أنه لا يمكن حبس أوله على آخره ، فجاز أن يباع ما لم يخلق منها مع ما خلق وبدا صلاحه . أصله جواز بيع ما لم يطب من الثمر مع ما طاب ، لأن الغرر في الصفة شبهه بالغرر في عين الشيء ، كأنه رأى أن الرخصة هنا يجب أن تقاس على الرخصة في بيع الثمار ، أعني ما طاب مع ما لم يطب ، لموضع الضرورة . والأصل عنده أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة ، ولذلك منع على إحدى الروايتين عنده بيع القصيل بطناً أكثر من واحد لأنه لا ضرورة هناك إذا كان متميزاً ، وأما وجه الجواز في القصيل فتشبيهها له بما لا يتميز وهو ضعيف . وأما الجمهور فإن هذا كله عندهم من بيع ما لم يخلق ومن باب النهي عن بيع الثمار معاومة . واللفت والجزر والكرنب جائز عند مالك بيعه إذا بدا صلاحه وهو استحقاقه للأكل . ولم يجزه الشافعي إلا مقلوعاً لأنه من باب بيع المغيب . ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز والباقل في قشره ، أجازته مالك ومنعه الشافعي . والسبب في اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر في البيوع أم ليس من المؤثر . وذلك أنهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين ، وأن غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو إليه الضرورة أو ما جمع الأمرين ، (راجع أيضاً الفروق للقرافي جزء ٣ ص ٢٧٠ وما بعدها : الفرق الثالث والتسعون والمائة بين قاعدة المجهول وقاعدة الغرر) .

وغنى عن البيان أن مذهب مالك في هذه المسألة يستجيب ، أكثر من غيره من المذاهب ، لحاجات التعامل . فهو يجيز في صراحة ووضوح بيع ما لم يظهر من الثمر مع ما ظهر منه ، ولا يرى في ذلك إلا غرراً يسيراً تقضى الضرورة بتحملة . وقد بين ابن رشد في عبارة جلية الأصل عند مالك في ذلك ، فقال : « والأصل عنده أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة » . ثم قال الغرر قسمان غرر مؤثر في البيوع وغرر غير مؤثر . ثم ختم عبارته بما يفيد اتفاق الفقهاء على هذا الأصل ، فيقول : « وذلك أنهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين

القسمين ، وأن غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو إليه الضرورة أو
جامع بين الأمرين . .

هذا أصل جليل في الفقه الإسلامي ينبغي أن نقف عنده. فالغرر إذا كان
يسيرا أو دعت إليه الضرورة هو غرر غير مؤثر في صحة العقود. وإنما تختلف
الأنظار فيما هو اليسير وفيما تدعو إليه الضرورة ، وينبغي أن تختلف في بيئة
عن بيئة وفي عصر عن عصر ، وسنعود إلى ذلك تفصيلا .

§ ٢١ الشئ غير موجود أصلا وقت التعاقد ولكنه محقق الوجود في المستقبل
المبدأ العام والاستثناءات :

هنا نجد الفقه الإسلامي — على الوجه الذي استقر عليه في عصور
التقليد — يضيق بحاجات التعامل . فقد كان الأصل الذي قام عليه عدم
جواز بيع المعدوم هو فكرة الغرر . ولكن سرعان ما اختفى هذا الأصل ،
وأصبح انعدام الشئ في ذاته هو سبب البطلان ، ولو لم يكن هناك غرر أو
كان هناك غرر يسير .

لذلك نجد أجماعا من المذاهب على أن الشئ إذا لم يكن موجودا أصلا
وقت التعاقد ، كان العقد باطلا ، حتى لو كان وجوده محققا في المستقبل .
لقد سلم الفقهاء ، كما رأينا ، أن الشئ إذا كان موجودا في أصله دون أن يوجد
كاملا - كالزرع أو الثمر الذي لم يبد صلاحه وكالزراع الذي يوجد بعضه بعد
بعض - فهذا الوجود الأصلي وإن لم يكن وجودا كاملا يكفي لجواز التعاقد .
أما انعدام الشئ أصلا ، فقد خلطوا بينه وبين الغرر ، واعتبروا أن التعامل
في شئ منعدم وقت التعاقد ينطوي في ذاته على غرر يفسد العقد . ولم يميزوا
بين مصير الشئ المعدوم في المستقبل ، هل هو محقق الوجود فتزول الخشية
من الغرر وكان ينبغي أن يصح العقد ، أو هو محتمل الوجود وعند ذلك يدخل
عنصر الغرر بقدر متفاوت فيعالج بالقدر الذي يقتضيه .

على أن تعامل الناس والحاجة أوجدا ثغرتين في هذا المبدأ الذي جمد

عليه الفقهاء ، فأجاز الفقه الإسلامى بيع المعدوم فى السلم والاستضاع .
فنبسط المبدأ ، ثم نستعرض الاستثنائين .

المبدأ العام — بيع المعدوم باطل :

يقول صاحب البدائع (جزء ٥ ص ١٢٨ — ص ١٣٩) : « وأما الذى يرجع إلى المعقود عليه فأنواع . منها أن يكون موجودا فلا ينعقد بيع المعدوم وكذا بيع الثمر والزرع قبل ظهوره لأنهما معدوم . . . ولا يجوز بيع الدقيق فى الحنطة والزيت فى الزيتون والدهن فى السمس والعصير فى العنب والسمن فى اللبن ، ويجوز بيع الحنطة وسائر الحبوب فى سنابلها . لأن بيع الدقيق فى الحنطة والزيت فى الزيتون ونحو ذلك بيع المعدوم ، لأنه لا دقيق فى الحنطة ولا زيت فى الزيتون ، لأن الحنطة اسم للمركب والدقيق اسم للمتفرق ، فلا دقيق فى حالة كونه حنطة ولا زيت حال كونه زيتونا ، فكان هذا بيع المعدوم فلا ينعقد . بخلاف بيع الحنطة فى سنابلها ، لأن ما فى السنبلة حنطة إذ هى اسم للمركب وهى فى سنابلها على تركيبها ، فكان بيع الموجود ، حتى لو باع تبين الحنطة فى سنابلها دون الحنطة لا ينعقد ، لأنه لا يصير تبنا إلا بالعلاج وهو الدق ، فلم يكن تبنا قبله ، فكان بيع المعدوم فلا ينعقد . وبخلاف بيع الجذع فى السقف والآجر فى الحائط وذراع من كرباس أو ديباج أنه ينعقد ، حتى لو نزع وقطع وسلم إلى المشتري يجبر على الأخذ ، وههنا لا ينعقد أصلا حتى لو طحن أو عصر وسلم لا يجبر المشتري على القبول ، لأن عدم النفاذ هناك ليس لخلل فى الركن ولا فى العاقد والمعقود عليه ، بل لمضرة تلحق العاقد بالنزع والقطع ، فإذا نزع وقطع فقد زال المانع فننفذ . أما ههنا فالمعقود عليه معدوم حالة العقد ، ولا يتصور انعقاد العقد بدونه فلم ينعقد أصلا ، فلا يحتمل النفاذ ، فهو الفرق . وكذا بيع البزر فى البطيخ الصحيح لأنه بمنزلة الزيت فى الزيتون ، وبيع النوى فى الثمر وكذلك بيع اللحم فى الشاة الحية لأنها إنما تصير لحما بالذبح والسلخ فكان بيع المعدوم فلا

ينعقد وكذا بيع الشحم الذي فيها وأليتها وأكارعها ورأسها ، لما قلنا وكذا بيع البحير في السمس ، لأنه إنما يصير بحيرا بعد العصر .

وجاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ١٠٢) : « لا خلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر ، وفي الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ١٠٦) : « بيع الثمار قبل الظهور لا يصح اتفاقا ، وفي بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٢٤) : « أما القسم الأول وهو بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك ، لأنه من باب النهي عن بيع ما لم يخلق أو من باب بيع السنين والمعاومة ، وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع السنين وعن بيع المعاومة ، وهي بيع الشجر أعواما . إلا ما روى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير أنهما كانا يجيزان بيع الثمار سنين . »

نرى من هذه النصوص أن الفقه الإسلامي لا يجيز بيع الثمر والزرع قبل ظهوره لأنه معدوم ، وإن كان سيوجد في المستقبل . وكذلك لا يجوز بيع الدقيق في الحنطة ، والزيت في الزيتون ، والدهن في السمس ، والعصير في العنب ، والسمن في اللبن ، لأن هذا بيع المعدوم فلا ينعقد ، حتى لو طحن أو عصر وسلم لا يجبر المشتري على القبول . ولا يجوز بيع البزر في البطيخ الصحيح لأنه بمنزلة الزيت في الزيتون ، وبيع النوى في التمر ، وبيع اللحم في الشاة الحية ، وبيع الشحم الذي فيها وأليتها وأكارعها ورأسها . كل هذا بيع المعدوم فلا ينعقد .

هذا بيع المعدوم ، ما في ذلك شك ، ولكنه معدوم حالا محتق الوجود مآلا ، فأين الغرر الفاحش في ذلك !

هناك أمثلة غير عملية وردت في كتب الفقه : بيع الدقيق في الحنطة ، والزيت في الزيتون ، والدهن في السمس ، والعصير في العنب ، والسمن في اللبن . فإن الناس إذا رغبت التعامل في ذلك ، فانما تشتري الحنطة لا الدقيق لتستخرج الدقيق من الحنطة ، وتشتري الزيتون لا الزيت لتستخرج الزيت .

من الزيتون ، والسمن لا الدهن ، والعنب لا العصير ، واللبن لا السمن .
ولكن الفقهاء أوردوا إلى جانب هذه الأمثلة غير العملية أمثلة عملية
ضيقوا فيها مجال التعامل . فبيع النوى في التمر ، وبيع اللحم في الشاة الحية ،
وبيع الشحم الذي فيها وأليتها وأكارعها ورأسها ، كل هذه حالات قد تقوم
فيها الحاجة إلى التعامل ، هذا إلى أن النوى موجود حالا في التمر واللحم
والشحم وسائر الأطراف موجود حالا في الشاة . على أن المثل العمل الذي
يزيد في خطره على الأمثلة المتقدمة هو بيع الثمر والزرع قبل ظهوره ، فهذا
بيع مألوف في التعامل ما دام مقدار البيع معيناً أو يمكن التعيين ، بأن يبيع
صاحب الأرض محصول كذا من الفدادين قطناً أو قمحاً أو نحو ذلك بسعر
معين للوحدة لا للمجموع ، فمثل هذا البيع لا يدخله الغرر الفاحش فالمحصول
معين محقق الوجود مآلاً ومقداره يمكن التعيين ، والثمن معلوم وهو معين على
أساس سعر الوحدة لا جزافاً حيث يحتمل الغبن ويدخل الغرر ، فما هي العلة
في منع جواز هذا البيع ؟

لقد كانت ضرورات التعامل أقوى من المنطق الجامد ، ومن ثم أجاز
الفقهاء - واستندوا في ذلك إلى الأثر - بيع السلم وبيع الاستصناع
والإجارة . فهذه ضروب من التعامل يقع فيها العقد على شيء معدوم حالا
ولكنه محقق الوجود مآلاً ، فأجازها الفقهاء لجريان التعامل بها ، والضرورة
هي التي أجرت هذا التعامل . أما الإجارة فأمرها معروف ، فهي بيع المنافع
المستقبلية ، أي بيع غير الموجود حالا على أنه سيوجد استقبالا ، وقد أجازت
على سبيل الاستحسان . بقى السلم والاستصناع . فلننظر الآن ماذا أحاط بهما
من القيود .

الاستثناء الأول - السلم :

يمكن تعريف السلم في الفقه الإسلامي بأنه بيع شيء غير موجود بالذات
بشئ مقبوض في الحال ، على أن يوجد الشيء ويسلم للمشتري في أجل معلوم .

ويسمى المشتري المسلم أو رب السلم ، والبائع المسلم إليه ، والمبيع المسلم فيه ،
والثمن رأس المال . ونرى من ذلك أن السلم هو بيع المعدوم ، رخص فيه
استثناء من مبدأ عدم جواز بيع المعدوم للحاجة إليه وجريان التعامل فيه .
على أن للسلم شروطاً وقيوداً تخرجه عن أن يكون مطلق بيع المعدوم ،
وتكسبه وضعاً خاصاً يجعله استثناء مقيداً في حدود ضيقة .

فيشترط في المبيع - المسلم فيه - أن يكون معلوم الجنس والنوع
والصفة ، كحنطة سقية وسط أو تمر فارسي جيد ، وأن يكون معلوم القدر
بالكيل أو الوزن أو العدد أو الذرع ، وأن يكون مما يمكن أن يضبط قدره
وصفته بالوصف على وجه لا يبقى بعد الوصف إلا تفاوت يسير . فان كان
مما لا يمكن ، ويبقى بعد الوصف تفاوت فاحش ، لا يجوز السلم فيه . فيجوز
السلم في المكيلات والموزونات لأنها من ذوات الأمثال ، وفي العدييات
المتقاربة كالجوز والبيض لأن الجهالة فيها يسيرة وصغيرها وكبيرها سواء فلا
يجرى التنازع في ذلك القدر من التفاوت بين الناس عادة ، وفي الذرعات
كالثياب والبسط والحصير لأن الناس تعاملوا السلم فيها لحاجتهم إلى ذلك
ولأنه إذا بين الجنس والنوع والصفة والرفعة والطول والعرض يتقارب
التفاوت فيلحق بالمثل في باب السلم . ولا يجوز السلم في العدييات المتفاوتة
من الحيوان والجواهر والآلئ . والجلود والبطيخ والقثاء والسفرجل والرمان
ونحوها ، لأنه لا يمكن ضبطها بالوصف ، أو يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفها
وقدرها جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة . ويجب في المسلم فيه أيضاً أن يكون
مما يتعين بالتعيين ، فان كان مما لا يتعين بالتعيين كالدرهم والدنانير لا يجوز
السلم فيه . لأن المسلم فيه مبيع لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى
عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم ، سمى السلم بيعاً فكان المسلم
فيه مبيعاً ، والمبيع مما يتعين بالتعيين . ويجب في المسلم فيه أيضاً أن يكون
مؤجلاً حتى لا يجوز السلم في الحال عند الحنفية . وعند الشافعي هذا ليس
بشرط وسلم الحال جائز . وجه قوله أن الأجل شرع نظراً للمسلم إليه

— البائع — تمكينا له من الاكتساب ، فلا يكون لازماً كما في بيع العين . واحتجت الحنفية بقوله عليه السلام من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ، وبأن السلم حالا يفضى إلى المنازعة لأن السلم بيع المفاليس فالظاهر أن يكون المسلم إليه عاجزاً عن تسليم المسلم فيه ورب السلم يطالب بالتسليم فيتنازعان على وجه تقع معه الحاجة إلى الفسخ ، وبأن الترخيص في السلم هو تغيير الحكم الأصلي وهو حرمة بيع ما ليس عند الإنسان إلى الحل بعارض عذر العدم ضرورة الإفلاس فحالة الوجود والقدرة لا يلحقها اسم قدرة الرخصة فيبقى الحكم فيها على العزيمة الأصلية . وأما مقدار الأجل فلم يذكر في الأصل ، وذكر الكرخي أن تقدير الأجل إلى العاقدين حتى لو قدرا نصف يوم جاز ، وروى عن محمد أنه قدر بالشهر وهو الصحيح ، لأن الأجل إنما شرط في السلم ترفيها وتيسيراً على المسلم إليه ليتمكن من الاكتساب في المدة ، والشهر مدة معتبرة يمكن فيها من الاكتساب فيتحقق معنى الترفيه ، فأما ما دونه ففي حد القلة فكان له حكم الحلول . ولو مات المسلم إليه قبل الأجل حل الدين ، وكذلك كل دين مؤجل سواه إذا مات من عليه الدين ، لأن الأجل حق المديون لا حق صاحب الدين ، فتعتبر حياته وموته في الأجل وسقوطه . ويجب أن يكون المسلم فيه موجوداً من وقت العقد إلى وقت الأجل . فإن لم يكن موجوداً عند العقد أو عند محل الأجل ، أو كان موجوداً فيهما لكنه انقطع من أيدي الناس فيما بين ذلك كالثمار والفواكه واللبن وأشباه ذلك ، لا يجوز السلم . وهذا عند الحنفية ، وقال الشافعي الشرط وجوده عند محل الأجل دون وقت العقد . وجه قوله أن اعتبار هذا الشرط وهو الوجود ليس لعينه بل للقدرة على التسليم ، فيعتبر الوجود وقت التسليم وذلك عند محل الأجل ، فأما قبل ذلك فالوجود فيه والعدم بمنزلة واحدة . وينبنى على اشتراط الحنفية وجود المسلم فيه من وقت العقد إلى وقت الأجل أن رب

السلم إذا أسلم في طعام بلدة كبيرة كسمرقند وبخارى وكاشان جاز ، لأنه لا ينفذ طعام هذه البلاد إلا على سبيل الندرة والنادر ملحق بالعدم . ومن الفقهاء من قال لا يجوز إلا في طعام ولاية ، لأن وهم الانقطاع فيما وراء ذلك ثابت ، والسلم عقد جواز بخلاف القياس لكونه بيع المعدوم فتجب صيانتة عن غرر الانقطاع ما أمكن . والصحيح أن الموضع المضاف إليه الطعام إن كان مما لا ينفذ طعامه غالباً يجوز السلم فيه ، سواء كان ولاية أو بلدة كبيرة ، لأن الغالب في أحكام الشرع ملحق بالمتيقن ، وإن كان مما يحتمل أن ينقطع طعامه فلا يجوز فيه السلم ، كأرض بعينها أو قرية بعينها ، لأنه إذا احتمل الانقطاع لا على سبيل الندرة لا تثبت القدرة على التسليم . وقد روى أن زيد بن شعبة لما أراد أن يسلم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أسلم إليك في تمر نخلة بعينها ، فقال عليه الصلاة والسلام أما في تمر نخلة بعينها فلا . وذكر في الأصل إذا أسلم في حنطة هراة لا يجوز ، وأراد قرية من قرى الفرات المسماة بهراة . لأنه مما يحتمل انقطاع طعامه .

أما الثمن في السلم — رأس المال — فيجب فيه أيضاً بيان جنسه ونوعه وصفته ، كدنانير نيسابورية جيدة وتمر برني وسط . ويجب أن يكون مقبوضاً في مجلس السلم ، لأن المسلم فيه دين والافتراق لا عن قبض رأس المال يكون افتراقاً عن دين بدين ، وأنه منهي عنه لما روى أن النبي عليه السلام نهى عن بيع الكالئ بالكالئ أي النسيئة بالنسيئة ، ولأن مأخذ هذا العقد دليل على هذا الشرط فإنه يسمى سلماً وسلفاً لغة وشرعاً ، تقول العرب أسلمت وأسلفت بمعنى واحد . ويشترط القبض سواء كان رأس المال ديناً أو عيناً عند عامة العلماء استحساناً ، والقياس ألا يشترط القبض في المجلس إذا كان عيناً وهو قول مالك . وجه القياس أن اشتراط القبض للاحتراز عن الافتراق عن دين بدين ، وهذا افتراق عن عين بدين وأنه جائز . وجه الاستحسان أن رأس مال السلم يكون ديناً عادة ، ولا تجعل العين رأس مال السلم إلا نادراً ، والنادر حكمه حكم الغالب فيلحق بالدين ، ولأن مأخذ العقد في الدلالة على اعتبار هذا الشرط لا يوجب الفصل بين الدين والعين .

هذه هي أهم النصوص في الشروط الواجب توافرها في السلم، نقلناها مملخصة عن البدائع (جزء ٥ ص ٢٠١ - ص ٢١٥) . ويتبين منها أن السلم بما أحاطه من قيود أصبحت له سمة خاصة ، يتميز بها عن سائر العقود . وأهم هذه القيود أربعة :

(أولا) يجب قبض رأس المال في مجلس العقد . وإلا كان السلم فاسداً (ثانياً) يجب أن يكون المسلم فيه موجوداً من وقت العقد إلى وقت حلول الأجل ، ولا يجوز أن ينقطع فيما بين هذين الوقتين . وهذا الشرط الجوهرى يعوض ، في رأينا ، انعدام المسلم فيه بالذات وقت العقد ، فكأن السلم يرد لا على معدوم ، بل على موجود بالنوع لا بالذات . ويندرج تحت هذا الشرط أن يكون المسلم فيه بما لا يحتمل انقطاعه ، فلا يجوز السلم في تمر نخلة بعينها ولا في محصول أرض بالذات ، بل في الثمر جملة وفي المحصول عامة . وهذا من شأنه أن يجعل السلم غير صالح لإباحة بيع محصول مستقبل أى محصول أرض بالذات .

ثالثاً - لا يجوز السلم في العدديات المتفاوتة من الحيوان والجواهر والآلى، والبطيخ والقشء والرمان والسفرجل ونحو ذلك .

(رابعا) يجب أن يكون هناك أجل معلوم للسلم ، فالسلم الحال غير مخصص فيه لأنه يبيع المعدوم في الحال ، حتى لو ثبت أن المسلم إليه قادر على التسليم . والأجل المجهول ، كوقت الحصاد ، لا يجوز . فطبيعة السلم تقتضى التأجيل إلى أجل معلوم ، لأنه يبيع المفاليس كما تقول الفقهاء ، وهو يبيع بأوكس الأثمان ، اذ البائع يبيع ما ليس عنده ، فيضرب أجلا للتسليم مع أنه يقبض الثمن في الحال ، فلزم أن يكون الثمن دون المبيع في القيمة والفرق في مقابلة الأجل .

فالسلم بهذه القيود ليس مطلق يبيع المعدوم كما قدمنا ، بل هو يبيع المعدوم في صورة خاصة من صورته . ولا يصلح ، على هذا الوجه ، أن يبيع يبيع المعدوم حالا إذا كان محقق الوجود مآلا ، في جميع الصور ، بل ولا في أكثرها .

ولو أن السلم تحلل من هذه القيود - وأمكن تأجيل دفع الثمن إلى وقت تسلم المبيع ، ولم يشترط عدم انقطاع المبيع من وقت البيع إلى وقت حلول الأجل ليجوز بيع محصول أرض بالذات ، ولم يشترط أن يكون في العدديات المتقاربة ليجوز فيما يتفاوت تفاوتاً فاحشاً ، ولم يشترط الأجل المعلوم ليجوز بيع المعدوم في الحال أو يبيعه إلى وقت الحصاد - لا يمكن القول أن السلم هو الطريق الذي يؤدي إلى جواز بيع المعدوم في الحال مادام أنه يحقق الوجود في المال.

وقد سارت المذاهب الأخرى ، غير المذهب الحنفي ، شوطاً في نحو هذه القيود: ١- فعند مالك لا يشترط ، كما رأينا ، قبض رأس المال في مجلس العقد إذا كان رأس المال عينا لا ديناً . ولكن لما كان الغالب أن يكون رأس المال ديناً ، فلا يزال هذا القيد قائماً في الكثرة الغالبة من الأحوال حتى في مذهب مالك ٢- ولا يشترط ، عند مالك والشافعي ، عدم انقطاع المسلم فيه من وقت العقد إلى وقت حلول الأجل ، بل يصح السلم في المعدوم إذا غلب على الظن وجوده وقت الوفاء ، ولكن يسقط الأجل بموت البائع ، ويشترط تعجيل الثمن إذا كان ديناً كما هو الغالب . ٣- يصح السلم ، عند مالك والشافعي ، في العدديات المتفاوتة مادام يمكن ضبطها بالوصف . ٤- ويجوز السلم في الحال عند الشافعي ، كما يجوز إلى أجل غير معلوم كوقت الحصاد عند مالك والشافعي وأحمد .

ونرى من ذلك أن القيد الذي لا يزال مستعصياً هو شرط تعجيل الثمن في مجلس العقد إذا كان ديناً ، ويضاف إليه أن الأجل يسقط بموت البائع .

الاستثناء الثاني - الاستصناع :

الاستصناع هو أيضاً كالسلم ضرب من ضروب بيع المعدوم . ويختلف عن السلم في أن المبيع في السلم دين تحمله الذمة ، فهو من المكيلات أو الموزونات أو المزروعات أو العدديات المتقاربة كما قدمنا . أما المبيع في الاستصناع فهو عين لا دين ، كما في استصناع أثاث أو حياكة ثوب ، ومع

ذلك تكون العين مؤجلة تحتملها الذمة ، ومن ثم كان جواز الاستصناع أبعد عن القياس من السلم . والبائع في الإستصناع هو الصانع ، والمشتري هو المستصنع (بالكسر) ، والمبيع هو المستصنع (بالفتح) . وينعقد الإستصناع على العين لا على عمل الصانع ، وبهذا يفارق الصانع الأجير المشترك .

ويشترط في جواز الاستصناع بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته لأنه مبيع ، فلا بد أن يكون معلوما . ولما كان الاستصناع قد جاز استحسانا على خلاف القياس ، لأن الناس تعاملوه في جميع الأعصار من غير تكير فكان إجماعا منهم على الجواز ، فهو لا يكون ألا فيما للناس فيه تعامل كالقلنسوة والخف والآنية ونحوها ، فلا يجوز فيما لا تعامل لهم فيه كما إذا أمر حائك أن يحوك ثوبا بغزل نفسه ونحو ذلك مما لم تجر عادات الناس بالتعامل فيه ، لأن جوازه مع أن القياس يأباه ثبت يتعامل الناس كما قدمنا فيختص بما لهم فيه تعامل ، ويبقى فيما وراء ذلك موكولا إلى القياس .

وينعقد الاستصناع بالإيجاب والقبول من المستصنع والصانع . ويمر على مرحلتين : الأولى من وقت انعقاده إلى وقت رؤية المستصنع للشيء المصنوع ، والثانية هي التي تلي هذه الرؤية . ففي المرحلة الأولى يكون العقد غير لازم من جهة كل من المتعاقدين ، حتى كان للصانع أن يمتنع من الصنع أو أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع ، وكان للمستصنع أن يرجع أيضا في العقد قبل رؤيته للشيء المصنوع . ذلك أن القياس هو ألا يجوز الاستصناع أصلا ، ألا أن جوازه ثبت استحسانا بخلاف القياس لحاجة الناس ، وحاجتهم قبل الصنع أو بعده قبل رؤية المصنوع والرضا به أقرب إلى الجواز دون اللزوم ، فيبقى اللزوم قبل ذلك على أصل القياس . وفي المرحلة الثانية ، بعد رؤية المستصنع للشيء المصنوع ، يكون الخيار للمستصنع لا للصانع . ذلك أن الشيء المصنوع ، وإن كان معدوما حقيقة ، لكنه جعل موجودا شرعا حتى جاز العقد استحسانا ، ومن اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه . أما الصانع فقد باع شيئا لم يره ، فلا خيار له . هذا إلى أن إلزام حكم العقد في جانب المستصنع

أضرار به ، لأن من الجائز ألا يلائمه المصنوع ولا يرضى به ، فلو لزمه وهو مطالب بشمته ، احتاج إلى بيعه من غيره ولا يشتري منه بمثل قيمته ، فيتضرر به . وليس في الإلزام في جانب الصانع ضرر ، لأنه إن لم يرض به المستصنع أمكن الصانع أن يبيعه من غيره بمثل قيمته ، وذلك ميسر عليه لكثرة ممارسته . وروى عن أبي يوسف أنه لا خيار لأي منهما في كل من المرحلتين : لا خيار للصانع ، ويجب عليه المضي في العمل وتسليم المصنوع للمستصنع لأنه بائع ، ولا خيار للبائع إذا باع مالم يره . ولا خيار للمستصنع قبل رؤية الشيء ولا بعد رؤيته إذا ما أتى الصانع بالمطلوب وفق الشروط والأوصاف ، لما يترتب على ثبوت الخيار له من الأضرار بالصانع ، إذ يكون الصانع قد أفسد متاعه وفري جلدته وأتى بالمصنوع على الصفة المشروطة ثم لا يمضي المستصنع في الصفقة .

هذا إذا استصنع شيئاً ولم يضرب له أجلاً . فإذا ما ضرب له أجلاً ، فانه ينقلب سلماً عند أبي حنيفة ، فلا يجوز إلا بشرائط السلم ، فيجب تعجيل الثمن ويصح فيما لا تعامل فيه ولا خيار لواحد منهما كما في السلم . وعند صاحبين هو على حاله استصناع ، وذكر الأجل للتعجيل . وجه قولها أن هذا استصناع حقيقة ، فلو صار سلماً إنما يصير بذكره المدة ، وأنه قد يكون للاستعجال كما في الاستصناع ، فلا يخرج عن كونه استصناعاً مع الاحتمال . ولأبي حنيفة أن الأجل في البيع من الخصائص اللازمة للسلم ، فذكره يكون ذكراً للسلم معنى وإن لم يذكره صريحاً ، كالكفالة بشرط برائة الأصل أنها حوالة معنى وإن لم يأت بلفظ الحوالة (أنظر في كل ما تقدم البسائط ص ٢٠٩ - ص ٢١٠) .

وبين مما تقدم أن الاستصناع كالسلم صورة خاصة من صور بيع المعدوم ، أجزت استحساناً للحاجة ولتعامل الناس . وهي لا تستغرق كل الصور التي تقتضيها حاجة التعامل ، لأنها مقصورة على استصناع شيء غير موجود جرى التعامل على استصناعه ، فهي من هذا الوجه صورة أخص من السلم . ثم أن الاستصناع ، حتى في صورته الخاصة هذه ، يشوبه عيبان : (١) هو عقد غير

لازم في مرحلته الأولى كما رأينا ، فهو أقرب للعدة منه للبيع ، حتى قال بعض الفقهاء أنه عدة . ولعل السبب في عدم لزومه هو أن الشيء معدوم عند التعاقد ، فلا يلزم الصانع ألا بعد أن يتم صنعه فيوجد على الكمال ، ولا يلزم المستصنع ألا بعد أن يراه كاملاً فيرضاه . على أن أبا يوسف كان شديد الرأي حين قال بلزوم الاستصناع لكل من المتعاقدين منذ البداية . (٢) ثم هو يصبح سلماً ، بما يقتضيه السلم من وجوب تعجيل الثمن ، إذا حدد له أجل معلوم . والأولى هنا الأخذ برأي صاحبه من أن الاستصناع إذا ضرب له أجل يبقى على حاله استصناعاً .

النهى عن بيع المعدوم إنما هو للغرر لا للعدم :

ولسنا نرى علاج الأمر في بيع المعدوم إلا من ناحية المبدأ ذاته ، فقد رأينا أن الاستثناءات التي أقرها الفقهاء لا تكفي في هذا العلاج . والصحيح في رأينا ، أن الشرع الإسلامي لم يحرم بيع المعدوم إلا بقدر ما ينطوي عليه من الغرر ، فبيع المعدوم باطل للغرر لا للعدم . فالأصل إذن هو الغرر ، فإن كان فاحشاً كان البيع باطلاً وجد المبيع أو انعدم ، وإن كان الغرر يسيراً كان البيع صحيحاً وجد المبيع أو انعدم . فالعبرة ليست بالتعامل في معدوم ، بل هي بانطواء التعامل على غرر فاحش . ومن ثم إذا بيع المعدوم جزافاً ولو كان محقق الوجود في المستقبل ، فإن البيع في هذه الحالة قد ينطوي على غرر فاحش فيكون باطلاً . أما إذا بيع المعدوم بسعر الوحدة ، وكان محقق الوجود في المستقبل ، فإن الغرر هنا يكون لاشك يسيراً ، وكان ينبغي أن يصح البيع ، وسيجيء بيان ذلك فيما يلي .

ولابن القيم في أعلام الموقعين (جزء أول ص ٣٥٧ - ص ٣٦١) قول شديد قوى في هذا المعنى ، نوردته فيما يأتي : « وأما المقدمة الثانية ، وهي أن بيع المعدوم لا يجوز ، فالكلام عليهما وجهين . (أحدهما) منع صحة هذه المقدمة ، إذ ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم

ولا في كلام أحد من الصحابة أن يبيع المعدوم لا يجوز ، لا بلفظ عام ولا بمعنى عام . وإنما في السنة النهى عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة ، كما فيها النهى عن بيع بعض الأشياء الموجودة . فليست العلة في المنع لا لعدم ولا الوجود ، بل الذي وردت به السنة النهى عن بيع الغرر ، وهو ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجودا أو معدوما ، كبيع العبد الآبق والبعير الشارد وإن كان موجودا . إذ موجب البيع تسليم المبيع ، فإذا كان البائع عاجزا عن تسليمه فهو غرر ومخاطرة وقمار ، فإنه لا يساع إلا بوكس ، فإن أمكن المشتري تسليمه كان قد قمر البائع ، وإن لم يمكنه ذلك قرره البائع . وهكذا المعدوم الذي هو غرر ، نهى عنه للغرر لا لعدم ، كما إذا باعه ما تحمل هذه الأمة أو هذه الشجرة ، فالمبيع لا يعرف وجوده ولا قدره ولا صفته ، وهذا من الميسر الذي حرمه الله ورسوله . ونظير هذا في الإجارة أن يكره دابة لا يقدر على تسليمها سواء كانت موجودة أو معدومة . وكذلك في النكاح إذا زوجه أمة لا يملكها أو ابنة لم تولد له ، وكذلك سائر عقود المعاوضات . بخلاف الوصية فإنها تبرع محض ، فلا غرر في تعاقبها بالوجود والمعدوم وما يقدر على تسليمه إليه وما لا يقدر . وطرده إلهية إذ لا محذور في ذلك فيها ، وقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم هبة المشاع المجهول في قوله لصاحب كبة الشعر حين أخذها من المغنم وسأله أن يهبها له فقال : أما ما كان لي ولبنى عبد المطلب فهو لك . (الوجه الثاني) أن نقول بل الشرع صحيح بيع المعدوم في بعض المواضع ، فإنه أجاز بيع الثمر بعد بدو صلاحه والحب بعد اشتداده والنبي صلى الله عليه وسلم جوز بيع الثمرة بعد بدو الصلاح مستحقة الإبقاء إلى كمال الصلاح ، ولم يجعل موجب العقد القبض في الحال بل القبض المعتاد عند انتهاء صلاحها ، ودخل فيما إذن فيه بيع ما هو معدوم لم يخلق بعد ومن هذا الباب بيع المقاتي والمباطخ والباذنجان ، فمن منع بيعه إلا لقطة لقطة قال لأنه معدوم فهو كبيع الثمرة قبل ظهورها ، ومن جوزها كأهل المدينة ، وبعض أصحاب أحمد فقولهم أصح ، فإنه لا يمكن بيعها إلا على هذا الوجه ، ولا تتميز اللقطة المبيعة من غيرها ،

ولا تقوم المصلحة ببيعها كذلك ، ولو كلف الناس به لكان أشق شيء عليهم وأعظمه ضررا ، والشريعة لا تأتي به . وقد تقدم أن مالا يباع إلا على وجه واحد لا ينهى الشارع عن بيعه ، وإنما ينهى الشارع عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح لأمكان تأخير بيعها إلى وقت بدو الصلاح . ونظير مانهى عنه وأذن فيه بيع المقائى إذا بدا الصلاح فيها ، ودخول الأجزاء والأعيان التى لم تخلق بعد كدخول أجزاء الثمار وما يتلاحق فى الشجر منها ، ولا فرق بينهما البتة . فالمحظور إذن هو بيع الغرر لا بيع المعدوم . ويبقى أن يحدد ما هو الغرر وما هى أقسامه وما الذى يفسد منها العقد وما الذى لا يؤثر فى صحته . وهذا ما ننتقل الآن إليه فى الكلام فى الشيء غير محقق الوجود فى المستقبل .

§ ٣ - الشيء غير موجود أصلا وقت التعاقد أو موجود فى أصله وهو

غير محقق الوجود فى المستقبل .

دخول عنصر الغرر :

إذا كان الشيء محل التعامل غير موجود أصلا وقت التعاقد ، أو كان موجودا فى أصله ، ولكنه فى الحالين غير محقق الوجود فى المستقبل ، فإن له خطر المعدوم ، ومن ثم يدخل عنصر الغرر . من ذلك بيع اللبن فى الضرع ، وبيع حمل الدابة فى بطنها ، وبيع المضامين والملاقيح ، وبيع الملامسة والمنابذة والحصاة ، كل هذه بيوع تمكن فيها عنصر الغرر الفاحش ، فهى كالمقامرة لا تجوز .

والنصوص فى هذا المعنى كثيرة . من ذلك ما جاء فى المبسوط (جزء ١٢ ص ١٩٤) : « ولا يجوز شراء اللبن فى الضرع كيلا ولا مجازفة بدراهم أو غير ذلك ، انتهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الغرر . والغرر ما يكون مستورا العاقبة ، ولا يدري أن ما فى الضرع ريج أو دم أو لبن . ولأن البيع يختص بعين مال متقوم بنفسه ، واللبن فى الضرع بمنزلة الصفة فى الحيوان ، ولا يكون مالا متقوما بنفسه قبل الحلب ، وأوصاف الحيوان لا تقبل البيع كاليد والرجل .

ولأن اللبن يزداد ساعة فساعة ، وتلك الزيادة لا يتناولها البيع ، واختلاط المبيع بما ليس بمبيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع . ثم تمكن المنازعة بينهما في التسليم ، لأن المشتري يستعصى في الحلب والبائع يطالبه بترك داعية اللبن . وكذلك بيع أولادها في بطونها لا يجوز لمعنى الغرر وانعدام المالية والتقوم فيه قبل الانفصال وعجز البائع عن تسليمه . واستدل بنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع جبل الحبل ، منهم من يروى بالكسر الحبل فيتناول بيع الحمل ، ومنهم من يروى بالنصب الحبل فيكون المراد بيع ما يحمل هذا الحمل بأن ولدت الناقة ثم حبلت ولدها فالمراد بيع حمل ولدها . وقد كانوا في الجاهلية يعتادون ذلك ، فأبطل ذلك كله رسول الله صلى الله عليه وسلم بنهي عن بيع المضامين والملاقيح وعن بيع جبل الحبل . قيل المضامين ما تتضمنه الأصلاب والملاقيح ما تتضمنه الأرحام ، وقيل على عكس هذا المضامين ما تتضمنه الأرحام والملاقيح ما تتضمنه الأصلاب . ومن ذلك أيضا ما جاء في بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٢٢) : « ومن البيوع التي توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيع منطوق بها ، وبيع مسكوت عنها . والمنطوق به أكثره متفق عليه ، وإنما يختلف في شرح أسماؤها ، والمسكوت عنه مختلف فيه . ونحن نذكر أولا المنطوق به في الشرع وما يتعلق به من الفقه ، ثم نذكر بعد ذلك من المسكوت عنه ما شهر الخلاف فيه بين فقهاء الأمصار ، ليكون كالقانون في نفس الفقه ، أعني في رد الفروع إلى الأصول . فأما المنطوق به في الشرع ، فمنه نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع جبل الحبل . ومنها نهيه عن بيع ما لم يخلق ، وعن بيع الثمار حتى تزهي ، وعن بيع الملامسة والمنابذة ، وعن بيع الحصاة . ومنها نهيه عن المعاومة ، وعن بيعتين في بيعة ، وعن بيع وشرط ، وعن بيع وسلف ، وعن بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود ، ونهيه عن المضامين والملاقيح . أما بيع الملامسة فكانت صورته في الجاهلية أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره . أو يبتاعه ليلا ولا يعلم ما فيه ، وهذا مجمع على تحريمه ، وسبب تحريمه الجهل بالصفة . وأما بيع المنابذة فكان أن ينبذ كل واحد من المتبايعين إلى صاحبه الثوب من غير أن يعين أن هذا بهذا ، بل كانوا يجعلون ذلك راجعا إلى اتفاق .

وأما بيع الحصاة فكانت صورته عندهم أن يقول المشتري أى ثوب وقعت عليه الحصاة التى أرمى بها فهو لى ، وقيل أيضا أنهم كانوا يقولون إذا وقعت الحصاة من يدي فقد وجب البيع ، وهذا قمار . وأما بيع حبل الحبله ففيه تأويلان : أحدهما أنها كانت بيوعا يؤجلونها إلى أن تنتج الناقة ما فى بطنها ، ثم ينتج ما فى بطنها ، والغرر من جهة الأجل فى هذا بين . وقيل إنما هو بيع جنين جنين الناقة ، وهذا من باب النهى عن بيع المضامين والملاقيح ، والمضامين هى ما فى بطون الحوامل والملاقيح ما فى ظهور الفحول . فهذه كلها بيوع جاهلية متفق على تحريمها ، وهى محرمة من تلك الأوجه التى ذكرناها . (١)

(١) وقد جاء فى نهاية المحتاج ألى شرح المنهاج للرهلى (جزء ٣ ص ٤٣٢ - ص ٤٣٣) عن يومع الملامسة والمنابذة والحصاة ما يأتى : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم . . . عن الملامسة ، رواه الشيخان ، بأن يلمس — بضم الميم وكسرهما وما اشتهر على الألسنة من الفتح فلا وجه له لأنها فى الماضى مفتوحة وليست حرف حلق — ثوبا مطويا أو فى ظلمة ، ثم يشتره على ألا خيار له إذا رآه ، أو على أن يكتفى بلمسه عن رؤيته ، أو يقول إذا لمسته فقد بعته بكتفى بضم الكاف ، أو على أنه متى لمسه انقطع خيار المجلس أو الشرط . وعن المنابذة ، بالهمزة ، رواه الشيخان ، بأن يجمل النبد أى الطرح بيعا إكتفاء به عن الصيغة ، أو يقول إذا نبذته فقد بعته ، أو متى نبذته انقطع الخيار ، أو على أنك تكتفى بنبذه عن رؤيته ، وطلانه . لعدم الرؤبة أو الصيغة أو الشرط الفاسد . وعن بيع الحصاة ، رواه مسلم ، بأن يقول بعته من هذه الأثواب ماتع هذه الحصاة عليه ، أو يجمل الرى لها بيا ولك أولى أولنا الخيار إلى ريبها .

وجاء فى تذكرة الفقهاء للعلامة الحلى (مطبعة النجف سنة ١٩٥٥ - الجزء السابع القسم الأول ص ٤١ - ص ٤٢) : « بيع الملامسة والمنابذة والحصاة باطل بالأجماع ، لأن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن ذلك كله . واللامسة أن يبيع شيئا ولا يشاهده على أنه متى لمسه وقع البيع ، وهو ظاهر كلام أحمد ومالك والأوزاعى . وله فاسير ثلاثة : (١) أنه يجعل الميس بيا ، بأن يقول صاحب الثوب لراغب : إذا لمست ثوبى فهو مبيع منك بكذا . وهو باطل لما فيه من التعليق ، وقال بعض الشافعية إنه من صور المعاطة . (٢) وأن يأتى بثوب مطوى له فى ظلمة فيلمسه الراغب ، ويقول صاحب الثوب بعته بكذا بشرط أن يقوم لمسك مقام النظر ولا خيار لك إذا رأته ، فسر الشافعى ، قال بعض الشافعية : أن أبطلنا بيع الغائب بطل ، وإلا صح تخرجها من تصحيح شرط نقي الخيار . (٣) وأن يبيعه على أنه إذا لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس وغيره ، ويبطل عقده لفساد الشرط ، والوجه عندى صحته أن كان قد نظره . والمنابذة قيل أن يجعل النبد بيا ، بأن يقول أنبذ إليك ثوبى بعشرة ثم ينبذه ، وبكتفان به بيا . وقيل أن يقول بعته بكذا على أنه إذا نبذته إليك فقد وجب البيع . قالهما =

ما هو الغرر ومتى يفسد العقد :

وقد صح عندنا أن الشرع الإسلامي إنما يحرم الغرر لا بيع المعدوم ، كما تقدم القول . وفي النصوص السابقة رأينا يوعا تمكن فيها الغرر ففسدت ، وبعضها المبيع فيه موجود وبعضها المبيع فيه معدوم أو على خطر المعدوم .

وننظر الآن ما هو الغرر ومتى يفسد العقد .

جاء في تهذيب الفروق (جزء أول ص ١٧٠ - ص ١٧١) : « قسم مالك رحمه الله تعالى التصرفات ثلاثة أقسام : (أحدها) معاوضة صرفة يقصد بها تنمية المال ، فاقتضت حكمة الشرع أن يجتنب فيها من الغرر والجهالة ما إذا فات المبيع به ضاع المال المبذول في مقابلته إلا ما دعت الضرورة إليه عادة . وذلك أن الغرر والجهالة كما يؤخذ مما مر ثلاثة أقسام : أحدها ما لا يحصل معه المعقود أصلا ، والثاني ما يحصل معه ذلك دنيا ونزرا ، والثالث ما يحصل معه غالب المعقود عليه ، فيجتنب الأولان ويغتفر الثالث . وقسم أبو الوليد الغرر إلى ثلاثة أقسام ، كثير وقليل ووسط ، وجعل الكثير عبارة عن القسمين الأولين في هذا التقسيم ، فقال في بداية المجتهد الفقهاء : متفقون على أن الغرر الكثير في المبيعات لا يجوز ، وأن القليل يجوز ، ويختلفون في أشياء من أنواع الغرر (القسم الثاني) ما هو إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال ، كالصدقة والهبة والإبراء ، فاقتضت حكمة الشرع وحته على الإحسان التوسعة فيه بكل طريق ، بالمعلوم والمجهول ، فإن ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعاً ، وفي المنع من ذلك وسيلة إلى تقليله ، مع أنه إذا وهب له عبده الآبق ولم يجده لا ضرر عليه لأنه لم يبذل شيئاً ، وألحق

== الشافعية . وظاهر كلام أحمد ومالك والأوزاعي أن يقول إذا نبذته إلى فقد اشترته بكذا . وقيل طرح الرجل ثوبه بالبيع إلى الرجل قبل أن يقبله أو ينظر إليه . والحصة أن يقول : إرم هذه الحصة فلي أي ثوب وقعت فهو لك بكذا . وقيل أن يقول بترك من هذه الأرض مقدار ما تبلغ هذه الحصة إذا رميتها بكذا . وقيل أن يقول بترك هذا بكذا على أي متى رميت هذه الحصة وجب اليتم . ولأنهم خلافاً في بطلان الجميع . »

مالك بهذا القسم الخلع نظراً لكون العصمة وإطلاقها ليس من باب ما يقصد بالمعاوضة بل شأن الطلاق أن يكون بغير شيء كالهبة . (القسم الثالث) ما لم يكن معاوضة صرفاً ولا إحساناً صرفاً كالنكاح ، فهو من جهة أن المال ليس فيه مقصوداً وإنما المقصود منه المودة والآلفة والسكون يقتضى أن يجوز فيه الجهالة والغرر مطلقاً ، ومن جهة أن صاحب الشرع اشترط فيه المال بقوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم يقتضى امتناع الجهالة والغرر فيه . فوجود الشبهين فيه توسط مالك ، فجوز الغرر القليل . . . ولم يجز فيه الغرر الكثير . . وعم الشافعى المنع من الجهالة فى جميع التصرفات ولو كانت إحساناً صرفاً كالهبة والصدقة والإبراء والخلع والصلح ، إلا أن الأحاديث الصحيحة فى نهيهِ عليه الصلاة والسلام عن بيع الغرر وعن بيع المجهول لما لم يرد فيها ما يعم هذه الأقسام حتى نقول يلزم من مذهب مالك مخالفة نصوص صاحب الشرع بخلاف مذهب الشافعى ، بل إنما وردت فى البيع ونحوه ، كان مذهب إليه مالك رحمه الله تعالى فقهاً جميلاً ، بخلاف مذهب إليه الشافعى . قلت والظاهر أن المراد بالغرر القليل المغتفر فى النكاح هو ما لا يغتفر فى نحو البيع وهو ما يحصل معه المعقود دنياً ونزراً ، وما يغتفر فيه أيضاً وهو ما يحصل معه غالب المعقود عليه . .

(أنظر أيضاً فى نفس المعنى الفروق الجزء الأول ص ١٤٠ - ص ١٥١)
وجاء فى الفروق (جزء ٣ ص ٢٦٥ - ص ٢٦٦) فى الفرق بين قاعدة المجهول وقاعدة الغرر : . . اعلم أن العلماء قد يتوسعون فى هاتين العبارتين ، فيستعملون أحدهما موضع الأخرى . وأصل الغرر هو الذى لا يدرى هل يحصل أم لا ، كالطير فى الهواء والسماك فى الماء . وأما ما علم حصوله وجهلت صفته فهو المجهول ، كيجه ما فى كفه ، فهو يحصل قطعاً لكن لا يدرى أى شيء هو . فالغرر والمجهول كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه وأخص من وجه ، فيوجد كل واحد منهما مع الآخر

وبدونه . أما وجود الغرر بدون الجهالة فكشراء العبد الآبق المعلوم قبل الأباق لاجهالة فيه ، وهو غرر لأنه لا يدري هل يحصل أم لا . والجهالة بدون الغرر كشراء حجر يراه لا يدري أزجاج هو أم ياقوت ، مشاهدته تقتضى القطع بحصوله فلا غرر ، وعدم معرفته تقتضى الجهالة به . وأما اجتماع الغرر والجهالة فكالعبد الآبق المجهول الصفة قبل الأباق . ثم الغرر والجهالة يقعان في سبعة أشياء ، في الوجود كالآبق بعد الأباق ، والحصول إن علم الوجود كالطير في الهواء ، وفي الجنس كسلعة لم يسمها ، وفي النوع كعبد لم يسمه ، وفي المقدار كالبيع إلى مبلغ رمى الحصاة ، وفي التعيين كشوب من ثوبين مختلفين ، وفي البقاء كالثمار قبل بدو صلاحها فهذه سبعة موارد للغرر والجهالة . ثم الغرر والجهالة ثلاثة أقسام : كثير ممتنع أجماعا كالطير في الهواء ، وقليل جائز أجماعا كأساس الدار وقطن الجبة ، ومتوسط اختلف فيه هل يلحق بالأول أو الثانى ، فلارتفاعه عن القليل الحق بالكثير ، ولا انحطاطه عن الكثير الحق بالقليل ، وهذا هو سبب اختلاف العلماء في فروع الغرر والجهالة . (١) .

(١) رجاء في بداية المجتهد لابن رشد (جزء ، ص ١٢٩ - ص ١٣١) : « ومن البيوع التى توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيع منطوق بها وبيع مسكوت عنها . . وأما المسائل لمسكوت عنها في هذا الباب ، اختلف فيها بين فقهاء الأمصار ، فكثيرة . لكن نذكر منها أشهرها ، لتكون كالتانون المجتهد النظار .

(المسألة الأولى) المبيعات على نوعين . مبيع حاضر مرئى ، فهذا لا خلاف في بيعه . ومبيع غائب أو متعذر الرؤية ، فهنا اختلف العلماء . فقال قوم يبيع الغائب لا يجوز بحال من الأحوال ، لاما وصف ولا مالم يوصف ، وهذا أشهر أقوال الشافعى ، وهو المشهور عند أصحابه ، أعنى أن يبيع الغائب على الصفة لا يجوز . وقال مالك وأكثر أهل المدينة : يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته . وقال أبو حنيفة : يجوز بيع الهين الغائبة من غير صفة ، ثم له إذا رآها الخيار ، فأن شاء أوفى البيع وأن شاء رده . وكذلك المبيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وأن جاء على الصفة . وعند مالك أنه إذا جاء على الصفة فهو لازم . وعند الشافعى لا ينعقد البيع أصلا في الموضوعين . . وسبب الخلاف هل تقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الغرر الكثير ، أم ليس بمؤثر وأنه من الغرر اليسير المغفوع عنه . فالشافعى رآه من الغرر الكثير ، ومالك رآه =

من الفرر اليسير ، وأما أبو حنيفة فإنه رأى أنه إذا كان له خيار الرؤية أنه لا غرر هناك وإن لم تكن له رؤية . وأما مالك فرأى أن الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر في إنعقاد البيع ، ولا خلاف عند مالك أن الصفة إنعسا تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع أو لمكان المشقة التي في نشره . وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ، ولهذا أجاز البيع على البرنامج على الصفة ، ولم يجز عنده بيع السلاح في جرابه ولا الثوب المطوى في طيه حتى ينشر أو ينظر إلى ما في جرابها . . . ولا بد عند أبي حنيفة من اشتراط الجنس . ويدخل البيع على الصفة أو على خيار الرؤية من جهة ما هو غائب غرر كخر ، وهل هو موجود وقت العقد أو معدوم ، ولذلك اشترطوا فيه أن يكون قريب الغيبة ألا أن يكون مأمونا كالقمار . ومن هنا أجاز مالك بيع الشيء برؤية متقدمة ، أعنى إذا كان من القرب بحيث يؤمن أن تنغير فيه .

(المسألة الثانية) وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الأعيان إلى أجل ، وأن من شرطها تسليم المبيع إلى المشتري بآثر عقد الصفة . وإنما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدين بالدين ومن عدم التسليم ، ويشبه أن يكون بيع الدين بالدين من هذا الباب ، أعنى لما يتعلق بالفرر من عدم التسليم من الطرفين لآمن باب الربا .

(المسألة الثالثة) أجمع فقهاء الأمصار على بيع الثمر الذي يثمر بطنا واحدا يطيب بعضه وأن لم تطب جهاته معاً ، واختلفوا فيما يثمر بطونا مختلفة . . . والأصل عند (مالك) أن من الفرر ما يجوز لموضع الضرورة .

(المسألة الرابعة) اختلفت والجزر والكرب جائز عند مالك به إذا بدا صلاحه وهو استحقاقه للأكل ، ولم يجزه الشافعي إلا مقلوعاً لأنه من باب بيع المقيب . ومن هذا الباب بيع الجوز والوز والباقل في نشره ، أجازهم مالك ومنعه الشافعي . والسبب في اختلافهم هل هو من الفرر المؤثر في البيوع أم ليس من المؤثر ، وذلك أنهم اتفقوا أن الفرر ينقسم بهذين القسمين ، وأن غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو إليه الضرورة أو ما جهم الأمرين .

(المسألة الخامسة) ومن هذا الباب بيع السمك في الغدير أو البركة ، اختلفوا فيه أيضا . فقال أبو حنيفة يجوز ، ومنعه مالك ، والشافعي فيما أحسب وهو الذي تقتضى أصوله . ومن ذلك بيع الأبق ، أجازهم قوم بأطلاق ، ومنعه قوم بأطلاق ومنهم الشافعي ، وقال مالك إذا كان معلوم الصفة معلوم الموضع عند البائئ والمشتري جاز ، وأظنه اشترط أن يكون معلوم الأبق ويتواصمان الثمن أعنى أنه لا يقبضه البائئ حتى يقبضه المشتري ، لأنه يتردد عند العقد بين بيع وسلف ، وهذا أصل من أصوله يمنع به النقدي بيع المواضعة وفي بيع الغائب غير المأمون وفيما كان من هذا الجنس . ومن قال بجواز بيع الأبق والبعر الشارد عثمان البتي . . . وأجاز مالك بيع لبن الفم أياما معدودة إذا كان ما يحلب منها مبروفا في العادة ، ولم يجز ذلك في الشاة الواحدة . وقال سائر الفقهاء لا يجوز ذلك إلا بكيل معلوم بعد الحلب . ومن هذا الباب منه مالك بيع اللحم في جلده . ومن هذا الباب بيع المريض ، أجازهم مالك إلا أن يكون ميتا منه ، ومنعه الشافعي وأبو حنيفة وهي رواية أخرى عنه . ومن هذا الباب بيع تراب المدن والصواغين ، فأجاز مالك بيع تراب المدن بنقد يخالفه أو بعرض ولم يجز بيع تراب الصاغة ، ومنع الشافعي البيع في الأمرين جميعا ، وأجازهم قوم في الأمرين جميعا وبه قال الحسن البصري .

وجاء في القوانين الفقهية لابن جزي (ص ٢٥٦-٢٥٧) : « في بيع الغرر وهو ممنوع للنهي ، ألا أن يكون يسيراً جداً فيغتفر . » (١)

ويتبين من النصوص المتقدمة أن هناك فرقاً بين الغرر وبيع المجهول . فبيع الغرر هو الذي لا يعلم هل يحصل أم لا ، كبيع الطير في الهواء والسماك في الماء . وأما بيع ما علم حصوله وجهلت صفته فهو بيع المجهول ، كبيعه

(١) ويعضى ابن جزي فيما بدأ به فيقول : « والغرر الممنوع على عشرة أنواع : (النوع الأول) تعذر التسليم كالبيع الشارد ، ومنه ييم الجنين في البطن دون ييم أمه ، وكذلك استئناؤه في بطن أمه ، وكذلك ييم ما لم يخلق كبيع حمل حيلة وهو نتاج ما تنتج الناقة وييم المضامين وهي ما في ظهور الفحول . (النوع الثاني) الجهل بجنس الثمن أو المئمون ، كقوله بعتك ما في كمي . (النوع الثالث) الجهل بصفة أحدهما ، كقوله بعتك ثوباً من منزلي أو ييم شيء من غير تقليب ولا وصف - يجوز في المذهب ييم الشيء الغائب على الصفة أو رؤية متقدمة ، وأجازه أبو حنيفة من غير صفة ولا رؤية ، ومنعه الشافعي مطلقاً . ويشترط في المذهب في البيع على الصفة خمسة شروط : الأول ألا يكون بعيداً جداً كالأندلس وأفريقية . الثاني ألا يكون قريباً جداً كالحاضر في البلد . الثالث أن يصفه غير البائس . الرابع أن يمحصر بالأوصاف المقصودة كلها . الخامس ألا يتقدم منه بشرط ألا في المأمون كالعقار ، ويجوز النقد من غير شرط . ثم أن خرج المبيع على حسب الصفة والرؤية لزم البيع ، وأن خرج على خلاف ذلك فله شترى الخيار - يجوز بيع ما في الأعدال من الثياب على وصف البرنامج ، بخلاف الثوب المطوى دون ثياب . (النوع الرابع) الجهل بمقدار أحدهما ، كقوله بعت منك بسر اليوم أو بما يبيع الناس أو بما يقول فلان ، إلا بيع الجزاف وقد تقدم . ولا يجوز ييم القمح في سنبله للجهل به ويجوز بيعه مع سنبله خلافاً للشافعي . وكذلك لا يجوز بيعه في ثبته ، ويجوز بيعه مع ثبته . ولا يجوز بيع تراب الصاغة ، ويجوز بيع الفول الأخضر والجوز واللوز في القشر الأعلى ، خلافاً للشافعي . (النوع الخامس) الجهل بالأجل كقوله إلى قدوم زيد أو إلى موت عمرو . ويجوز أن يقول إلى الحصاد أو إلى معظم المدارس أو إلى شهر كذا ، ويحمل على وسطه . (النوع السادس) ييمتان فيبيعة ، وهو أن يبيع مئموناً واحداً بأحد ثمينين مختلفين ، أو يبيع أحد مئمونين بثمان واحد . فالأول أن يقول بعتك هذا الثوب بعشرة نقداً أو بعشرين إلى أجل ، على أن البيع قد لزم في أحدهما . والثاني أن يقول بعتك أحد هذين الثوبين بكذا ، على أن البيع قد لزم في أحدهما . (النوع السابع) ييم مالا ترجى سلامته ، كالربض في السياق . (النوع الثامن) بيع الحصاة ، وهو أن يكون يده حصاً فإذا سقطت وجب البيع . (النوع التاسع) بيع المنايذة ، وهو أن ينفذ أحدهما ثوبه إلى الآخر وينفذ الآخر ثوبه إليه فيجب البيع بذلك . (النوع العاشر) بيع الملامسة ، وهو أن يلمس الثوب فيلزمه البيع بلمسه وأن لم يمينه . »

ما في كنهه . على أن الفقهاء كثيراً ما يخلطون ما بين بيع الغرر وبيع المجهول ، فيستعملون الواحد موضع الآخر .

والغرر يوجد من جهة الجهل على أوجه : فالجهل بوجود المعقود عليه ، أو بحصوله أن وجد ، أو بجنسه ، أو بنوعه ، أو بصفته ، أو بمقداره ، أو بتعيينه ، أو ببقائه ، أو بالأجل المضروب له ، كل هذا جهل يوجب الغرر . ثم أن الغرر ينقسم ، من حيث تأثيره في صحة العقد ، إلى قسمين : غرر مؤثر و غرر غير مؤثر . فالغرر المؤثر هو ما يفسد العقد ، والغرر غير المؤثر هو ما لا يؤثر في صحة العقد بل يبقى العقد معه صحيحاً .

وفي المعاوضات ، يكون الغرر مؤثراً — أي مفسداً للعقد — إذا كان غرراً كثيراً لا تدعو له الضرورة . أما إذا كان الغرر يسيراً ، أو كان كثيراً ولكن تدعو له الضرورة ، فلا تأثير له في صحة العقد . وهناك غرر ما بين الكثير واليسير ، فلا ارتفاعه عن اليسير يلحقه بعض الفقهاء بالكثير ، ولا انحطاطه عن الكثير يلحقه بعض الفقهاء باليسير .

أما في التبرعات ، فلا يكون الغرر ، مهما كان كثيراً ، مؤثراً في صحتها . وذلك أنه لا ضرر من الغرر ، ولو كان كثيراً ، على من يتلقى التبرع ، لأنه لم يبذل شيئاً يخشى ضياعه من جراء الغرر .

وعقد الزواج — وهو ليس معاوضة صرفاً أو تبرعاً صرفاً بل بين بين — يغتفر فيه من الغرر أكثر مما يغتفر في المعاوضات وأيسر مما يغتفر في التبرعات ، للتوسط بين هذين الطرفين .

على أن معايير الغرر — الغرر الكثير والغرر اليسير والغرر المتوسط والغرر الذي تدعو له الضرورة — تختلف في تطبيقاتها في بيئة عن بيئة ، وفي عصر عن عصر (١) . بل قد تختلف الأنظار أيضاً في البيئة الواحدة والعصر الواحد . فبيع الغائب على الصفة لا يجوز عند الشافعي ، لأنه يرى أن الغرر

(١) من ذلك ما ذكر ابن رشد في بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٣٠) [من أن الفقهاء قد أجمعوا على عدم جواز بيع الأمان إلى أجل لما يتعاق به من الغرر ، ويقولون أن موجب العقد التسليم في الحال . ويفند ابن القيم في أعلام الموقعين (جزء أول ص ٣٥٩ — ص ٣٦٠) هذا .

فيه كثير . ويجوز عند أبي حنيفة مع خيار الرؤية ، ويجوز عند مالك لازماً من غير خيار إذا كانت غيبته بما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته . وسبب الخلاف بين أبي حنيفة ومالك هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الغرر الكثير ، أم ليس بمؤثر فيكون من الغرر اليسير . فأبو حنيفة يراه غرراً كثيراً مؤثراً فيجيز خيار الرؤية ، ومالك يراه غرراً يسيراً غير مؤثر فيجعل البيع لازماً . وبيع ما يثمر بطونا مختلفة متلاحقة اختلف في صحته الفقهاء على النحو الذي قدمناه ، فمالك يذهب إلى صحته ويرى أن الغرر فيه يسير ، والمذاهب الأخرى لا تجيز إلا بيع ما ظهر من البطون أما بيع ما لم يظهر فلا يجوز إذ ترى أن

الرأي على الوجه الآتي : « وقوله أن موجب العقد التسليم في الحال : جوابه أن موجب العقد أما أن يكون ما أوجبه الشارع بالعقد أو ما أوجب المتعاقدان مما يسوغ لهما أن يوجبا ، وكلاهما متنف في هذه الدعوى ، فلا الشارع أوجب أن يكون كل مبيع مستحق التسليم عقب العقد ، ولا المتعاقدان التزما ذلك ، بل تارة بمقدان العقد على هذا الوجه ، وتارة بشرطان التأخير أما في الثمن وأما في الثمن . وقد يكون للبائع غرض صحيح ومصلحة في تأخير التسليم للمبيع . . . وقد اتفق الأئمة على صحة بيع الأمة المزوجة ، وإن كانت منفعة البضع للزوج ولم تدخل في البيع . واتفقوا على جواز تأخير التسليم إذا كان العرف يقتضيه ، كما إذا باع مخزناً له فيه منافع كثيرة لا ينقل في يوم ولا أيام ، فلا يجب عليه جمع دواب البلد ونقله في ساعة واحدة ، بل قالوا أن هذا مستثنى بالعرف . فيقال وهذا من أقوى الحجج عليكم ، فإن المستثنى بالشرط أقوى من المستثنى بالعرف ، كما أنه أوسم من المستثنى بالشرع فإنه يثبت بالشرط ما لا يثبت بالشرع ، كما أن الواجب بالنذر أوسم من الواجب بالشرع . وأيضاً فقولكم أن موجب العقد استحقاق التسليم عقيب ، أنعنون أن هذا موجب العقد المطلق أو مطلق العقد ؟ فإن أردتم الأول فصحيح . وإن أردتم الثاني فمنع ، فإن مطلق العقد ينقسم إلى المطلق والمقيد ، وموجب العقد المقيد ما قيد به ، كما أن موجب العقد المقيد بتأجيل الثمن وثبوت خيار الشرط والرهن والضمين هو ما قيد به . وأن كان موجبه عند إطلاقه خلاف ذلك ، فوجب العقد المطلق شيء وموجب العقد المقيد شيء . والقبض في الأعيان والمنافع كالقبض في الدين . والنبي صلى الله عليه وسلم جوز بيع الثمرة بعد بدو صلاح مستحقه الأبقاء إلى كمال الصلاح ، ولم يجعل موجب العقد القبض في الحال ، بل القبض المعتاد عند انتهاء صلاحها . وفي رأينا ، أن السبب في عدم جواز بيع الأعيان إلى أجل لا يرجع إلى الغرر ، بل يرجع إلى اعتبارات معروفة في الصياغة الفنية في الفقه الإسلامي . فالتأجيل لا يكون إلا في الديون إذ هي التي تحملها الدمة ، أما الأعيان فلا تحملها الدمة فلا يجوز في القياس تأجيلها . على أننا سنعود إلى تأصيل قاعدة أن الأعيان لا يجوز تأجيلها في الفقه الإسلامي في موضع آخر .

الغرر فيه كثير . وبيع ما يغيب بعضه في الأرض كاللفت والجزر والكرنب ، أو ما يختفي في قشره كالجوز واللوز ، على هذا الخلاف ، فهو جائز عند مالك لأن الغرر عنده فيه يسير ، وغير جائز عند الشافعي لأن الغرر عنده فيه كثير . وعلى هذا الخلاف أيضا يبيع السمك في الغدير أو البركة ، وبيع العبد الأبق ، وبيع لبن الغنم ، وبيع المريض غير الميثوس من شفاثه ، وبيع تراب المعدن وتراب الصاغة ، وما إلى ذلك مما يقع فيه الغرر ، فتفاوت الأنظار هل هو غرر كثير فلا يجوز البيع ، أو هو غرر يسير فيجوز .

ولاشك في أن لتغير البيئة والعصر وتطور الحضارة تأثيرا كبيرا في تطبيق معايير الغرر . وفي عصرنا هذا ينبغي أن يكون نظرنا إلى الغرر ينطوي على شيء من التسامح ، فما كان غررا لا يغتفر في العصور الماضية يصبح الآن بعد تطور النظم الإقتصادية من الغرر اليسير الذي يغتفر .

على أن الواجب يقتضينا أن نسجل هنا للفقهاء الإسلاميين حسنة من حسناته الكبرى . فهو قد اتخذ للغرر معايير مرنة ، أمكن معها تغاير الحلول عند تفاوت الظروف واختلاف الملابسات . فيستطيع الفقهاء الإسلاميين ، من وراء هذه المعايير ، مسايرة الحضارات المتطورة في كل عصر . ولا شك في أن النظام القانوني الذي يتخذ المعايير المرنة — دون القواعد الجامدة — إنما يدل بذلك على تقدم كبير في الصناعة القانونية يجارى بها ما يستحدثه التطور ، وعلى حيوية عظيمة تكن فيه فجعله صالحا للبقاء في العصور المتعاقبة .

تطبيق المعايير المتقدمة على بيع الشيء غير محقق الوجود في المستقبل :

بقي أن نطبق معايير الغرر المتقدمة على الحالة التي نحن بصدددها ، وهي حالة بيع الشيء غير محقق الوجود في المستقبل .

فاللبن في الضرع ، والحمل في بطن الحيوان ، والسمك في البحر ، والطير في السماء ، كل هذا له خطر المعدوم ، إذ هو غير محقق الوجود في المستقبل .

فقد يكون الضرع متفخاً لورم ، وقد يولد الحمل ميتاً ، وقد لا يخرج في الشبكة شيء من السمك أو يخرج شيء قليل أو شيء كثير ، وقد لا يقع الطير عند الصيد أو يقع منه شيء قليل أو شيء كثير . فإذا اشترى المشتري شيئاً من ذلك جزافاً ، على أنه قد يوجد وقد لا يوجد ، وقد اشترى في الحالتين بضمن معين ، فهذا عقد احتمالي ينطوي على كثير من الغرر ، إذ يغيب فيه المشتري إذا لم يوجد المبيع ، ويكون هو الغائب إذا وجد المبيع على الوجه الذي يرجوه . فهو ضرب من المقامرة ، ومن ثم لا يجوز .

أما إذا اشترى المشتري بسعر الوحدة ، أو اشترى الشيء بحسب الكيل أو الوزن أو نحو ذلك ، فإنه يكون قد اشترى المبيع معلقاً على شرط الوجود ، ولا يدفع من الثمن إلا بمقدار ما يأخذ من المبيع ، فإذا أجزنا التعليق في هذه الحالة وينبغي أن يجوز ، فإن الغرر يكون حينئذ منتفياً أو هو غرر يسير ليس من شأنه أن يؤثر في صحة العقد . ومادام المبيع قد وصف على نحو يجعله منضبطاً ، فإن وجد على الوصف فلا غبن على المشتري ولا غرر ، وإن لم يوجد أو وجد على غير الوصف فالبيع باطل .

من ذلك لا نرى ما يمنع — من ناحية الأصل الذي قام عليه بيع المعدوم في الفقه الإسلامي وهو الغرر ، ومن ناحية التطبيق الصحيح لمعايير الغرر التي تقدم ذكرها — من التمييز في الفقه الإسلامي بين فروض ثلاثة :

١ — التعامل في التركات المستقبلية ، ويكون باطلاً لما يقع فيه عادة من الغبن والغرر .

٢ — التعامل فيما هو غير محقق الوجود في المستقبل غير التركات المستقبلية ، إذا كان التعامل احتمالياً جزافاً ، ويكون باطلاً أيضاً لما يقع فيه من الغبن والغرر .

٣ — أما إذا كان التعامل غير جزاف ، بل أن المشتري لا يدفع من الثمن إلا بمقدار ما يأخذ من المبيع ، فلا غبن في ذلك ولا غرر ، ومن ثم ينبغي أن يكون البيع صحيحاً . ومن باب أولى ينبغي أن يكون البيع صحيحاً

فما هو محقق الوجود في المستقبل إذا كان التعامل فيه غير جزاف على هذا النحو ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (١) .

المطلب الثاني

المحل ممكن

القدرة على التسليم — النصوص :

إمكان المحل في الفقه الإسلامي هو القدرة على تسليمه ، ذلك أن المحل يجب أن يكون مقدور التسليم عند العقد . ونورد نصوص الفقه الإسلامي في ذلك ، نقلا عن البدائع (جزء ٥ ص ١٤٧ — ص ١٤٨) .
« ومنها (شرائط الانعقاد) أن يكون (المبيع) مقدور التسليم عند العقد . فان كان معجوز التسليم عنده لا ينعقد وإن كان مملوكا له كبيع الآبق ، في جواب ظاهر الروايات ، حتى لو ظهر يحتاج إلى تجديد الإيجاب والقبول ، إلا إذا تراضيا فيكون بيعاً مبتدأ بالتعاطي . فإن لم يتراضيا ، وامتنع البائع من التسليم ، لا يجبر على التسليم ، ولو سلم وامتنع المشتري من القبض ، لا يجبر على القبض ... بخلاف ما إذا أبق بعد البيع قبل القبض أنه لا يفسخ . لأن القدرة على التسليم كانت ثابتة لذا العاقد فانعقد ، ثم زالت على وجه يحتمل عودها فيقع الشك في زوال المنعقد بيقين ، والثابت بيقين لا يزول بالشك ، فهو الفرق . بخلاف بيع المغصوب من غير الغاصب أنه ينعقد موقوفاً على التسليم حتى لو سلم ينفذ ، لأن هناك المالك قادر على التسليم

(١) وهذه الحلول المستساغة هي التي وصل إليها التقنين المدني العراقي . فقد نصت المادة ١٢٩ من هذا التقنين على ما يأتي :

« ١ — يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعيينها نافياً للجهالة والغرر » .

« ٢ — غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل » .

بقدره السلطان والقاضي وجماعة المسلمين ، إلا أنه لم ينفذ للحال لقيام يد الغاصب صورة ، فإذا سلم زال المانع فينفذ ، بخلاف الآبق لأنه معجوز التسليم على الإطلاق إذ لا تصل إليه يد أحد لما أنه لا يعرف مكانه ، فكان العجز متقرا والقدرة محتملة موهومة ، فلا ينعقد مع الاحتمال ، فأشبه بيع الآبق بيع الطير الذي لم يوجد في الهواء ، وبيع السمك الذي لم يوجد في الماء ، وذلك باطل كذا هذا . ولو جاء إنسان إلى مولى العبد ، فقال إن عبدك عند فلان فبعه مني وأنا أقبضه منه ، فصدق وباعه منه ، لا ينفذ لما فيه من عدم القدرة على القبض ، لكنه ينعقد حتى لو قبضه ينفذ ، لأن القدرة على القبض ههنا ثابتة في زعم المشتري ، إلا أن احتمال المنع قائم ، فانهقد موقوفا على قبضه ، فإذا قبضه تحقق ما زعمه فينعقد . بخلاف الفصل الأول ، لأن العجز عن التسليم للحال متحقق فيمنع الانعقاد . ولو أخذه رجل فجاء إلى مولاه فاشتراه منه ، جاز الشراء ، لأن المانع هو العجز عن التسليم ولم يوجد في حقه وعلى هذا بيع الطائر الذي كان في يده وطار أنه لا ينعقد في ظاهر الرواية وعلى هذا بيع السمكة التي أخذها ثم ألقاها في حظيرة إن كان لا يمكنه أخذها بدون الاصطياد . وإن كان يمكنه أخذها من غير اصطياد يجوز بيعها بلا خلاف ، لأنه مقدور التسليم وعلى هذا يخرج بيع اللبن في الضرع لا يجتمع في الضرع دفعة واحدة بل شيئا فشيئا ، فيختلط المبيع بغيره على وجه يتعذر التمييز بينهما ، فكان المبيع معجوز التسليم عند البيع فلا ينعقد . وكذا بيع الصوف على ظهر الغنم في ظاهر الرواية لأنه ينمو ساعة فساعة ، فيختلط الموجود عند العقد بالحادث بعده على وجه لا يمكن التمييز بينهما ، فصار معجوز التسليم بالجز والنتف إستخراج أصله وهو غير مستحق بالعقد . وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم . وروى عن أبي يوسف أنه جوز بيعه والصلح عليه لأنه يجوز جزه قبل الذبح فيجوز بيعه كبيع القصيل في الأرض . ووجه الفرق بين القصيل والصوف لظاهر الرواية أن الصوف لا يمكن جزه من

أصله من غير ضرر يلحق الشاة بخلاف القصيل . ولا ينعقد بيع الدين من غير من عليه الدين ، لأن الدين أما أن يكون عبارة عن مال حكى في الذمة وإما أن يكون عبارة عن فعل تملك المال وتسليمه ، وكل ذلك غير مقدور التسليم في حق البائع . ولو شرط التسليم على المديون لا يصح أيضا ، لأنه شرط التسليم على غير البائع فيكون شرطا فاسدا فيفسد البيع . ويجوز بيعه بمن عليه ، لأن المانع هو العجز عن التسليم ولا حاجة إلى التسليم هنا . ونظيره . بيع المغضوب أنه يصح من الغاصب ، ولا يصح من غيره إذا كان الغاصب منكرا ولا بينة للمالك . ولا يجوز بيع المسلم فيه ، لأن المسلم فيه مبيع ولا يجوز بيع المبيع قبل القبض . .

الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية :

ويؤخذ من النصوص المتقدمة أن الاستحالة في الفقه الإسلامي ، كما هي في الفقه الغربي ، تجعل العقد باطلا . فاستحالة تسليم المبيع تبطل البيع . ويبدو أن الفقه الإسلامي يميز ، بمعايره الخاصة ، بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية ، فالأولى دون الثانية هي التي تجعل العقد باطلا . ويبدو كذلك أن الفقه الإسلامي أيسر من الفقه الغربي في تصور الاستحالة المطلقة . فإباق العبد يجعل تسليمه مستحيلا استحالة مطلقة ، لأنه معجوز التسليم على الإطلاق ، فالبيع باطل . لكن إذا جاء إنسان إلى مولى العبد فقال إن عبدك عند فلان فبعه مني وأنا أقبضه منه ، فهنا الاستحالة نسبية لأن القدرة على القبض ثابتة في زعم المشتري ، ومن ثم ينعقد العقد موقوفا على القبض . ولا يكون التسليم مستحيلا أصلا ، لا استحالة مطلقة ولا استحالة نسبية ، لو أخذ المشتري العبد الآبق ثم اشتراه ، وينعقد العقد نافذا في الحال لأنه مقدور التسليم . وكذلك تسليم المغضوب من غير الغاصب ، إذا ثبت الغصب . غير مستحيل أصلا ، لا استحالة مطلقة ولا استحالة نسبية ، لأن المالك قادر على التسليم بقدرة السلطان والقاضي وجماعة المسلمين ، فينعقد العقد ، إلا أنه لا ينفذ للحال لقيام يد الغاصب صورة ، فإذا سلم زال المانع فينفذ .

ومثل الاستحالة المطلقة بيع الطير الذي كان في يده وطار ، وبيع السمكة التي أخذها ثم ألقاها في حظيرة إذا كان لا يمكنه أخذها دون الاصطياد ، أما إذا كان يمكنه أخذها من غير اصطياد فيجوز بيعها بخلاف . لأنه معذور التسليم . وكذلك بيع اللبن في الضرع - وهو أيضاً باطل للغرر كما قدمنا - وبيع الصوف على ظهر الغنم لأن الموجود يختلط بالحادث ، ويفارق بيع أغصان الشجرة لأن النمو في أغصان الشجرة يكون من رأسها لا من أصلها فلا يختلط ملك البائع بملك المشتري ، وأما النمو في الصوف فيكون من أصله وذلك يتبين فيما إذا كان حصب الصوف على ظهر الشاة ثم تركه حتى نما فالمحسوب يكون على رأسه لا في أصله (أنظر المبسوط ١٢ ص ١٩٤) . وكذلك بيع الدين من غير من عليه الدين ، لأن الدين إما مال حكى في الذمة أو هو فعل تملك المال وتسليمه ، وكل ذلك غير مقدور التسليم ، فإذا كان التسليم لا حاجة إليه كما في بيع الدين ممن عليه الدين جاز البيع . في كل هذه الفروض وأمثالها يكون البيع باطلا للاستحالة المطلقة . ويميز الفقه الإسلامي - كما يميز الفقه الغربي - بين ما إذا كانت الاستحالة المطلقة قائمة وقت العقد ، وهذا هو الذي يجعل العقد باطلا ، وبين ما إذا كانت الاستحالة المطلقة قد جددت بعد العقد ، فينعقد العقد ولكن يجوز فسخه لعدم القدرة على التسليم . فإذا أبق العبد بعد البيع وقبل القبض انعقد البيع ، لأن القدرة على التسليم كانت ثابتة لذا العاقد فانعقد ، ثم زالت على وجه يحتمل عودها ، فيقع الشك في زوال المنعقد بيقين ، والثابت بيقين لا يزول بالشك .

ويجب أنه يكون المبيع مقدور التسليم من غير ضرر :

ويذهب الفقه الإسلامي إلى مدى أبعد من الفقه الغربي في تحديد معنى الاستحالة ، إذ هو يتوسع كثيرا في هذا المعنى . فحتى يكون التسليم ممكناً ويصح البيع ، لا يكفي أن يكون المبيع مقدور التسليم ، بل يجب أيضاً أن

يكون مقدور التسليم من غير ضرر . فإن كان هناك ضرر في تسليمه كان البيع فاسداً ، ويصح إذا رضى البائع بالضرر وسلم المبيع . فمجرد وجود ضرر في التسليم — ولا يصل هذا إلى حد الإستهالة طبعاً — يكفي لإفساد البيع ، أما الاستهالة المطلقة فتجعل البيع باطلاً ولا تقتصر على إفساده كما قدمنا .

وهذا ما يقوله صاحب البدائع (جزء ٥ ص ١٦٨) تفصيلاً لما تقدم : « فإن لم يمكن تسليمه (أى تسليم البيع) إلا بضرر يلزمه (أى يلزم البائع) فالبيع فاسد ، لأن الضرر لا يستحق بالعقد ، ولا يلزم بالتزام العاقد إلا بضرر تسليم المعقود عليه ، فأما ما وراه فلا . وعلى هذا يخرج ما إذا باع جذعا له في سقف أو آجرا له في حائط ، أو ذراعا في ديباج أو كرباس ، أنه لا يجوز لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بالنزع والقطع وفيه ضرر بالبائع والضرر غير مستحق بالعقد ، فكان هذا على هذا التقدير بيع ما لا يجب تسليمه شرعا فيكون فاسداً . فإن نزع البائع أو قطعه وسلمه إلى المشتري قبل أن يفسخ المشتري البيع ، جاز البيع حتى يجبر المشتري على الأخذ ، لأن المانع من الجواز ضرر البائع بالتسليم ، فإذا سلم باختياره ورضاه فقد زال المانع فجاز البيع . ولزم فرق بين هذا وبين بيع الآلية في الشاة الحية والنوى في الثمر والزيت في الزيتون والدقيق في الحنطة والبر في البطيخ ونحوها أنه لا ينعقد أصلا حتى لو سلم لم يجز ، وقد ذكرنا وجه الفرق فيما تقدم . والأصل المحفوظ أن ما لا يمكن تسليمه إلا بضرر يرجع إلى قطع اتصال ثابت بأصل الخلقة فبيعه باطل ، وما لا يمكن تسليمه إلا بضرر يرجع إلى قطع اتصال عارض فبيعه فاسد إلا أن يقطع باختياره ويسلم فيجوز . . . وكذا زرع بين رجلين أو ثمار بينهما في أرض لهما حق الترك فيها إلى وقت الإدراك ، فباع أحدهما نصيبه قبل الإدراك لم يجز ، لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر صاحبه لأنه يجبر على القلع للحال وفيه ضرر به ، ولو باع بعد الإدراك جاز لانعدام الضرر . وكذا إذا كان الزرع كله لرجل ولم يدرك ، فباع بعض الزرع ، لم يجز ، لأنه لا يمكن تسليمه إلا بقطع الكل وفيه ضرر ، ولو كان بعد الإدراك جاز

لانعدام الضرر . وكذا لو باع بناء الدار دون العرصة ، أو الأشجار القائمة على الأرض دون الأرض ، أو الزرع أو البقول القائمة قبل الجز ، إنه يجوز ، لأنه يمكنه تسليم هذه الأشياء من غير ضرر . (١)

(١) وقد سار التقنين المدني العراقي - وهو مأخوذ من الفقه الاسلامي في هذه المسائل - على هذا النهج ، فقرب ما بين الفقه الاسلامي والفقه الغربي . نصت المادة ١٢٦ من هذا التقنين على ما يأتي : « لا بد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف إليه يكون قابلاً لحكمه . ويصح أن يكون المحل مالا ، عيناً كان أو ديناً أو منفعة ، أو أي حق مالي آخر ، كما يصح أن يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل » . ونصت المادة ١٢٧ على ما يأتي : « ١ - إذا كان محل الالتزام مستحيلاً استعالة مطلقاً كان العقد باطلاً . ٢ - أما إذا كان مستحيلاً على المدين ، دون أن تكون الاستعالة في ذاتها مطلقاً ، صح العقد ، وألزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعبده » .

الفرع الثاني

المحل معين أو قابل للتعين

المبحث الأول

تعين المحل أو قابليته للتعين في الفقه الغربي

نصوص التقنينات المرنية العربية :

نصت المادة ١٣٣ من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

١ - إذا لم يكن محل الإلتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره ، إلا كان العقد باطلاً .

٢ - ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط .

ونصت المادة ١٣٤ من التقنين ذاته على ما يأتي :

« إذا كان محل الإلتزام نقوداً ، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد ، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر . »

وتطابق المادتان ١٣٤ و ١٣٥ من التقنين المدني السوري نص المادتين ١٣٣ و ١٣٤ من التقنين المدني المصري السالفتي الذكر ، فيما عدا أن المادة ١٣٥ من التقنين المدني السوري أضيف في آخرها العبارة الآتية :

« ما لم ينص القانون على أحكام خاصة بتحويل النقد الأجنبي ، .
وتطابق المادتان ١٣٣ و ١٣٤ من التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة
نص المادتين ١٣٣ و ١٣٤ من التقنين المدني المصري .
ونصت المادة ١٢٨ من التقنين المدني العراقي على ما يأتي :

١ - يلزم أن يكون محل الإلتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة ، سواء
كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص أن كان موجوداً وقت العقد ،
أو بيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات أو بنحو
ذلك مما تنفي به الجهالة الفاحشة . ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف . .
٢ - على أنه يكفي أن يكون المحل معلوماً عند العاقدين ولا حاجة
لوصفه وتعريفه بوجه آخر . .

٣ - فإذا كان المحل لم يعين على النحو المتقدم ، فالعقد باطل . .
ونصت المادة ١٨٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على ما يأتي :
« يجب أن يعين الموضوع (المحل) تعييناً كافياً ، وأن يكون ممكناً ومباحاً .
ونصت المادة ١٩٠ من التقنين ذاته على ما يأتي :
« يجب أن يتناول التعيين ماهية الموضوع (المحل) ومقداره . على أنه
يكفي أن يعين نوع الشيء . وأن يتضمن العقد ما يمكن معه تعيين المقدار
فيما بعد . .

ونصوص التقنينات المدنية العربية ، كما نرى . متقاربة أو متطابقة .
وهي في مجموعها تسير على نهج الفقه الغربي ، فيما عدا التقنين المدني العراقي
فإنه يوفق كعاداته ما بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي .

ويميز الفقه الغربي بين ما إذا كان المحل شيئاً أو نقوداً أو عملاً أو امتناعاً
عن عمل .

تعيين محل الالتزام اذا كان سبباً :

إذا كان محل الالتزام شيئاً ، وجب التمييز بين الشيء المعين بالذات والشيء غير المعين إلا بالنوع .

فإذا وقع العقد على شيء معين بالذات ، وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة للمتعاقدين أما عن طريق معرفة سابقة ، وأما عن طريق الوصف . فإذا كانت معرفة الشيء عن طريق الوصف ، وجب أن يوصف الشيء وصفاً يكون مانعاً للجهالة . فإذا باع شخص أرضاً ، وجب تحديد موقعها وحدودها ومساحتها . وإذا باع داراً ، وجب تحديد المكان الذي توجد فيه الدار ومساحة الأرض المقام عليها البناء وحدودها وما يشمل عليه البناء من طوابق ومرافق . وإذا باع فرساً يملكه ، وجب تعيين نوعه وسنه ولونه وغير ذلك من الأوصاف التي تميزه عن الأفراس الأخرى .

وإذا وقع العقد على شيء غير معين بالذات ، وجب أن يعين بجنسه ونوعه ومقداره . فيذكر مثلاً أن المبيع قطن من نوع الكرنك ومقداره مائة قنطار . فإذا لم يعين المقدار ، وجب أن يتضمن العقد ما يستطيع به تعيينه ، كأن يتعهد شخص أن يورد أغذية معينة النوع لمستشفى معين أو مدرسة معينة ، فالمقدار اللازم من الأغذية قابل للتعيين وفقاً لحاجة المستشفى أو المدرسة . وإذا اقتصر التعيين على بيان الجنس والنوع والمقدار ، دون أن تذكر درجة الجودة ، ودون أن يمكن استخلاصها من العرف أو من ظروف التعاقد ، وجب أن يكون الصنف متوسط الجودة ، فلا يكون جيداً حتى لا يغبن المدين ولا يكون رديئاً حتى لا يغبن الدائن .

وقد يترك تعيين المحل للمألوف أو للعرف ، فيقوم متجر بتوريد سلعة دون أن يبين الثمن ، أو يقوم صانع بعمل دون أن يعين الأجر . كذلك قد يترك تعيين المحل لأجنبي ، فيبيع شخص من آخر داراً بثمن يترك تقديره

لحكم . فإذا قدر الحكم الثمن كان تقديره ملزماً لكل من البائع والمشتري ، أما إذا لم يقدره فلا يجوز للقاضي أن يقوم مقامه في التقدير ويصبح الثمن غير معين فيكون البيع باطلا . ولا يجوز ترك تعيين المحل لإرادة أحد المتعاقدين المحضة ، فيصبح المتعاقد الآخر تحت رحمته ، وهذا ما لم تكن عناصر التعيين معروفة بحيث لا يكون هناك مجال للتحكم .

تعيين محل الالتزام إذا كان نقوداً :

وإذا وقع العقد على نقود ، وجب أن تكون هي أيضاً معينة بنوعها ومقدارها ، فيلتزم المدين أن يؤدي للدائن كذا جنيتها مصرياً أو كذا ديناراً أو كذا ليرة أو كذا قرشاً . ويلتزم المدين بأداء هذا المقدار سواء ارتفعت قيمة النقود أو انخفضت ، فإذا ارتفعت كان ارتفاعها لمصلحة الدائن ، وإذا انخفضت كان انخفاضها لمصلحة المدين .

ويجوز للمدين أن يؤدي المقدار المتفق عليه بعملة ورقية لها سعر قانوني (cours légal) ، لأن العملة الورقية إذا تقرر لها سعر قانوني وجب على الدائن قبولها حتى لو اتفق مع المدين على غير ذلك . والأمر غير ذي خطر إذا كان للعملة الورقية سعر قانوني من غير أن يكون لها سعر إلزامي ، فإن الدائن الذي يريد الحصول على حقه ذهباً ولا يستوفيه إلا ورقاً يستطيع أن يستبدل الذهب بالورق في أي وقت شاء . أما إذا تقرر للعملة الورقية سعر إلزامي (cours forcé) ، فإن قيمتها الاقتصادية تصبح عادة أقل من قيمتها القانونية ، وقد تنزل قيمتها الاقتصادية نزولاً فاحشاً تبعاً لزيادة التضخم (inflation) ، ومن ثم جرت العادة ، توكيلاً لهذا الخطر ، أن يشترط الدائن على المدين أن يوفيه حقه ذهباً ، وهذا ما يسمى «بشرط الذهب» (clause d'or) ، فيكون الدين واجب الوفاء بالذهب أو بما يعادل قيمة الذهب وهذا الشرط يعتبر باطلاً لمخالفته للنظام العام ، لأن الغرض من تقرير السعر الإلزامي للعملة الورقية هو إعطاء هذه العملة قيمة قانونية إلزامية معادلة لقيمة الذهب ، فينعدم الفرق بين الورق.

والذهب في نظر القانون ، ويجب أيضاً أن ينعدم في نظر الأفراد ، لأن القانون أراد أن ينعدم الفرق بين الورق ، والذهب حماية لمصلحة عامة ترجع إلى نظام النقد وإلى استقرار قيمة العملة وثباتها . (١)

تعيين محل الالتزام إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل :

وإذا وقع العقد على عمل أو على امتناع عن عمل ، وجب أن يكون محل الالتزام معيناً أو قابلاً للتعيين . فإذا تعهد مقاول بإقامة بناء ، وجب أن يكون هذا البناء معيناً ، ويتعين عادة وفقاً لتصميم ، يضعه مهندس معماري ، ويبين فيه شكل البناء ومساحته وارتفاعه وعدد طوابقه وما يشتمل عليه كل طابق من غرف ومرافق وأبعاد كل غرفة ومساحتها ووصفها ونحو ذلك مما يتضمنه التصميم ، في العادة . فإذا لم يكن البناء معيناً على هذا النحو ، وجب على الأقل أن يكون قابلاً للتعيين ، فإذا التزم المقاول بأن يبني مستشفى أو مدرسة فإن ظروف التعاقد وانتشار نماذج متعارف عليها للمستشفيات والمدارس يصح أن يستخلص منه العناصر اللازمة لتعيين البناء المطلوب . أما إذا اقتصر المقاول على أن يلتزم بإقامة بناء دون أن يعين أي نوع من البناء هو وما هي مواصفاته ، كان المحل غير معين وغير قابل للتعيين ، فلا يقوم الالتزام على محل كهذا لأنه في حكم المعدوم ، ومن ثم يكون العقد باطلاً .

وكذلك إذا تعهد شخص بالامتناع عن منافسة شخص آخر ، وجب تعيين العمل الذي يجب فيه الكف عن المنافسة وإلى أي مدى من زمان ومكان تكون المنافسة غير مشروعة . وقد يكون كل هذا قابلاً للتعيين ، مستخلصاً من ظروف التعاقد . فإذا باع شخص متجراً وتعهد البائع بعدم

(١) وبطلان « شرط الذهب » لا يقتصر على الاتفاقات والمعاملات الداخلية ، بل يتناول أيضاً الاتفاقات والمعاملات ذات الصبغة الخارجية أو الدولية . وقد قطع في ذلك قانون صدر في مصر — هو المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ — أذ ينص على أن « تبطل شروط الدفع ذهبا في العقود التي يسكون الالتزام بالوفاء فيها ذابغة دولية . . . ولا يترتب عليها أي أثر . »

منافسة المشتري ، كان على البائع ألا يتنافس المشتري في السلع التي يتعامل فيها المتجر المبيع ، وإلى الحد الذي يأمن عنده المشتري ألا يتحول عملاء المتجر عنه إلى متجر جديد ينشئه البائع .

المبحث الثاني

تعيين المحل أو قابليته للتعيين في الفقه الإسلامي

المبدأ : يتعين المحل بالعلم به علماً مانعاً من الجهالة الفاصلة :

يمكن القول أن المبدأ في الفقه الإسلامي هو أن المحل يتعين بالعلم به علماً مانعاً من الجهالة الفاحشة . ذلك أن المحل يجب أن يكون معلوماً علماً يمنع من المنازعة ، فإن كان مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة فسد العقد ، وإلا كان العقد صحيحاً .

كيف يحصل العلم :

يجب التمييز بين فرضين : فأما أن يكون الشيء موجوداً في مجلس العقد وإما أن يكون غائباً عن مجلس العقد .

(١) فإن كان موجوداً في مجلس العقد ، يكون العلم به بالإشارة إليه ، ولو كان ذلك في مكان مستتر كالحنطة في الكيس والسكر في الصندوق . هذا عند الحنفية والحنابلة .

وعند المالكية لا يصح بيع الشيء الحاضر في مجلس العقد إلا برؤيته ، مما لم تكن في رؤيته مشقة فيباع على الصفة . جاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٢٨٥ إلى ص ٢٨٦) : . . . لأن المبيع لا يباع إلا برؤية أو صفة . والصفة لا يباع عليها الشيء الحاضر على الأشهر ، إلا إذا كان في رؤيته مشقة فيباع على الصفة على الأشهر ، .

وعند الشافعي لا يحصل العلم بالشئ إلا برويته ، وذلك في جميع الأحوال سواء كان الشئ حاضراً في المجلس أو غائباً عنه ، وسنعود إلى تفصيل هذا الرأي .

(ب) وإن كان الشئ غائباً عن مجلس العقد ، حصل العلم به بوصفه وصفاً مانعاً من الجهالة الفاحشة .

فإن كان شيئاً معيناً بالذات ، وصف بما ينفي عنه الجهالة ويعينه تعييناً واضحاً . كأن يقول بعتك جملي وليس له جمل سواه . أو بعتك داري وليس له دار سواها .

وإن كان شيئاً غير معين بالذات : فعند الحنفية يتعين بالوصف بما يرفع عنه الجهالة الفاحشة ، أي ببيان الجنس والنوع والمقدار . ولا تضر الجهالة اليسيرة ، لأن المشتري له خيار الرؤية فيما لم يره .

وعند المالكية يتعين الشئ كذلك بالوصف . أي ببيان جنسه ونوعه ومقداره . ويجوز البيع على البرنامج ، أي على الدفتر الذي تكتب فيه صفة ما في العدل . ولكن البيع على الصفة عند المالكية لا يكون فيه خيار الرؤية ، خلافاً للحنفية فيما قدمناه . ويجوز بيع الغائب عن مجلس العقد دون وصف على أن يشترط المشتري خيار الرؤية . ويخلص من ذلك أن مذهب مالك لا يجمع بين الوصف وخيار الرؤية ، فأما أن يباع الشئ على الوصف فلا يثبت فيه خيار الرؤية ، وأما أن يباع بشرط خيار الرؤية فلا يكون في حاجة إلى الوصف . وقد رأينا أن الحنفية يجمعون بين الوصف وخيار الرؤية ، فيجب الوصف في الشئ الغائب ثم يثبت فيه مع ذلك خيار الرؤية .

وعند الحنابلة يتعين الشئ بالوصف ، أي بذكر جميع الصفات التي تضبطه . ويصح البيع بالرؤية السابقة فيما لا يطرأ عليه التغيير . فيجب إذن أن يكون الشئ معلوماً برؤية أو صفة تحصل بها معرفته ، فإن اشترى ما لم يره ولم

يوصف له ، أو رآه ولم يعلم ما هو ، أو ذكر له من صفته ما لا يكفي ، لم يصح البيع .

وعند الشافعي لا يتعين الشيء إلا بالرؤية على قوله الجديد . وفي قوله القديم يتعين الشيء بذكر جميع صفاته أو بذكر صفاته المقصورة دون رؤية ، وقيل يصح البيع دون وصف وللمشتري خيار الرؤية فيما لم يره .

ونستخلص من استعراض مختلف المذاهب على الوجه الذي قدمناه أن الأئمة — فيما عدا الشافعي في قوله الجديد — يكتفون في تعيين المحل بالوصف المانع للجهالة الفاحشة ، كما هو الأمر في الفقه الغربي .

ولما كان الفقه الإسلامي غنياً بوجه خاص في التطبيقات ، فنورد بعضاً منها كما وردت في النصوص .

تعيين المحل في الأشياء المتفاوتة وفي الأشياء المتقاربة :

جاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٥٦ - ص ١٥٨) : « إذا قال بعتك شاة من هذا القطيع أو ثوباً من هذا العدل ، فالبيع فاسد ، لأن الشاة من القطيع والثوب من العدل مجهول جهالة مفضية إلى المنازعة ، لتفاحش التفاوت بين شاة وشاة وثوب وثوب ، فيوجب فساد البيع . فإن عين البائع شاة أو ثوباً وسلمه إليه ورضى به ، جاز ، ويكون ذلك ابتداءً ببيع بالمرأضة . . . وكذا إذا قال بعتك هذه الأثواب الأربعة بكذا وذكر خيار التعيين أو سكت عنه ، أو قال بعتك أحد هذين الثوبين أو أحد هذه الأثواب الثلاثة بكذا وسكت عن الخيار ، فالبيع فاسد لأن المبيع مجهول . ولو ذكر الخيار بأن قال على أنك بالخيار تأخذ أيها شئت بثمن كذا وترد الباقي ، فالقياس أن يفسد البيع وفي الاستحسان لا يفسد . وجه القياس أن المبيع مجهول ، لأنه باع أحدهما غير عين وهو غير معلوم فكان المبيع مجهولاً فيمنع صحة البيع كما لو باع أحد الأثواب الأربعة وذكر الخيار . وجه الاستحسان الاستدلال بخيار الشرط ، والجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الغبن ، وكل واحد من الخيارين طريق

إلى دفع الغبن، وورود الشرع هناك يكون وروداً ههنا ، والحاجة تندفع بالتحري في ثلاثة لاقتصار الأشياء على الجيد والوسط والردى. فيبقى الحكم في الزيادة مردوداً إلى أصل القياس ، ولأن الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم إلى ذلك . فإن كل أحد لا يمكنه أن يدخل السوق فيشتري ما يحتاج إليه خصوصاً الأكابر والنساء ، فيحتاج إلى أن يأمر غيره ، ولا تندفع حاجته بشراء شيء واحد معين من ذلك الجنس لما عسى لا يوافق الأمر ، فيحتاج إلى أن يشتري أحد اثنين من ذلك الجنس فيحملهما جميعاً إلى الأمر فيختار أيهما شاء. بالثمن المذكور ويرد الباقي ، فحوزنا ذلك لتعامل الناس ، ولا تعامل فيما زاد على الثلاثة فبقى الحكم فيه على أصل القياس . وقوله المعقود عليه مجهول ، قلنا هذا ممنوع ، فإنه إذا شرط الخيار بأن قال على أن تأخذ أيهما شئت فقد انعقد البيع موجباً للملك عند اختياره لا للحال والمعقود عايه عند اختياره معلوم ، مع أن هذه جهالة لا تفضي إلى المنازعة لأنه فوض الأمر إلى اختيار المشتري يأخذ أيهما شاء فلا تقع المنازعة . . . وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى ثوبين أو عبيدين أو دابتين على أن المشتري أو البائع بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام ولم يعين الذي فيه الخيار من الذي لا خيار فيه . . . ولو باع عدداً من جملة المعدودات المتفاوتة كالبطيخ والرمان بدرهم والجملة أكثر مما سمي ، فالبيع فاسد لجهالة المبيع جهالة مفضية إلى المنازعة ، فان عزل ذلك القدر من الجملة بعد ذلك أو تراضيا عليه ، فهو جائز لأن ذلك بيع مبتدأ بطريق التعاطي .

فهذه طائفة من التطبيقات في تعيين المحل في الأشياء المتفاوتة . يجب في هذه الأشياء تعيين المحل بالذات ، ولا يكفي أن يبيع شاة غير معينة بالذات من قطع غنم لتفاحش التفاوت بين شاة وشاة فكان المبيع مجهولاً لجهالة مفضية إلى المنازعة ، وكذلك الأمر في بيع ثوب من العدل ، لتفاحش التفاوت بين ثوب و ثوب . ولو باع شيتين متفاوتتين ، كثوبين أو عبيدين أو دابتين ، وأوجب في أحدهما — دون أن يعينه — خيار الشرط ، فقد شاعت الجهالة

المفضية إلى المنازعة في كل من المبيعين ، إذ لا يعلم أيهما يبيع بيعاً باتاً وأيها يبيع بخيار الشرط . ولو باع عددا معلوماً من جملة معدودات متفاوتة ، كالبطيخ والرمان ، وكانت الجملة أكثر من هذا العدد ، فلا يمكن عزل ما زاد عن الجملة للتفاوت ما بين المعدودات ، فكان المبيع مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة .

أما يبيع أحد أثواب متفاوتة تزيد على الثلاثة مع إعطاء خيار التعيين للمشتري يختار أيها شاء ، فقد كان ينبغي أن يجوز ، لأن المبيع ، ولو لم يكن معيناً ، قابل للتعين باختيار المشتري . وصاحب البدائع نفسه يقول في الخيار فيما لا يزيد على الثلاثة : « وقوله المعقود عليه مجهول ، قلنا هذا ممنوع ، فإنه إذا شرط الخيار بأن قال على أن تأخذ أيهما شئت ، فقد انعقد البيع موجبا للملك عند اختياره لا للحال والمعقود عليه عند اختياره معلوم ، مع أن هذه جهالة لا تفضي إلى المنازعة لأنه فوض الأمر إلى اختيار المشتري يأخذ أيهما شاء فلا تقع المنازعة . » وهذه العبارة تصدق تماماً على الخيار فيما يزيد على الثلاثة كما صدقت على الخيار فيما لا يزيد على ذلك .

هذا إذا كانت الأشياء متفاوتة ، أما إذا كانت متقاربة فالأمر يختلف ولا يلزم تعيين أحد الأشياء المتقاربة بالذات حتى يكون المحل معلوماً ، بل يكفي أن يكون واحداً من عدة أشياء ، فأى واحد من هذه الأشياء المتقاربة يعدل الآخر ، فيتعين المحل بذلك وتنفي الجهالة الفاحشة التي تفضي إلى المنازعة . وقد ورد في البدائع (جزء ٥ ص ١٥٨) في هذا المعنى : « ولو قال بعثك قفيزاً من هذه الصبرة صبح ، وإن كان قفيزاً من صبرة مجهولاً ، لكن هذه جهالة لا تفضي إلى المنازعة ، لأن الصبرة الواحدة متماثلة القفران . بخلاف الشاة من القطيع وثوب من الأربعة ، لأن بين شاة وشاة تفاوتاً فاحشاً وكذا بين ثوب وثوب . » وكان ينبغي أن يصح البيع في الصبرة كلها

بشمن معلوم جملة أو على أساس سعر القفيز ، لأن المبيع في هذه الحالة يكون معيناً وكذلك الثمن يكون معيناً أو قابلاً للتعين . وهذا هو رأى الصاحبين ، أما أبو حنيفة فعنده أن من باع صبرة كل قفيز بدرهم صح البيع في قفيز واحد لأن ثمنه معين وهو درهم ، ولا يصح في الباقي لأن ثمنه غير معين ويحتاج في تعيينه إلى كيل الصبرة ، فإن كُلت في المجلس وعين الثمن قبل تقرر الفساد صح البيع . ولا شك في أن رأى الصاحبين هو الذى يتمشى مع الفقه الغربى على النحو الذى أوضحناه . وهو فوق ذلك الرأى الذى يتمشى مع المبدأ القاضى بأن المحل لا يلزم أن يكون معيناً ، بل يكفي أن يكون قابلاً للتعين . ونورد هنا ما جاء في الزيلعى (جزء ٤ ص ٥ - ص ٦) في هذه المسألة : « ومن باع صبرة كل صاع بدرهم ، صح في صاع ، وهذا عند أبى حنيفة . وقالوا (أى الصاحبان) جاز في الكل ، لأن المبيع معلوم بالإشارة لأن المشار إليه لا يحتاج إلى معرفة مقداره لجواز البيع . وجهالة الثمن بأيديهما رفعها ، فيجوز . كالمو باع عبداً من عبيدين على أن يأخذ أيهما شاء ، بخلاف ما إذا أجر داره كل شهر بدرهم حيث لا يجوز إلا في شهر واحد لأن الشهور لا نهاية لها فلا تمكن إزالة الجهالة فيها فيصرف إلى الأقل . ولأبى حنيفة أن الثمن مجهول وذلك مفسد ، غير أن الأقل معلوم فيصح فيه للتيقن به ، وما عداه مجهول فيفسد ، كما إذا باع الثوب برقه ، بخلاف ما استشهد به لأن الرافع للجهالة هنا وهو الكيل متأخر عن العقد وفي تلك مقارن لأن اختياره موجود حالة التبايع . ثم إذا جاز في قفيز واحد عنده ، يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه . ولو كاله في المجلس ، جاز بالإجماع ، لزوال المانع قبل تقرر الفساد . وجاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٥٨ - ص ١٥٩) في هذه المسألة أيضاً : « أما المسكيلات فإن لم يسم جملتها ، بأن قال بعت منك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم لم يحز البيع ألا في قفيز منها بدرهم ، ويلزم البيع فيه عند أبى حنيفة (١) . ولا يجوز في الباقي إلا إذا علم المشتري جملة القفيزان

(١) هذا بخلاف ما قدمناه عن الزيلعى حيث يقول : « ثم إذا جاز في قفيز واحد عنده (أى عند أبى حنيفة) يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه » .

قبل الافتراق بأن كالحا ، فله الخيار إن شاء أخذ كل قفيز بدرهم وإن شاء ترك . وإن لم يعلم حتى افتراقا عن المجلس ، تقرر الفساد . وعند أبي يوسف ومحمد يلزمه البيع في كل الصبرة كل قفيز منها بدرهم ، علم أو لم يعلم . . وجه قولها . . إن جملة المبيع معلومة وجملة الثمن يمكن الوصول إلى العلم بها بالكيل . . فكانت هذه جهالة ممكنة الرفع والإزالة ، ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة البيع ، كما إذا باع بوزن هذا الحجر ذهباً . ولأبي حنيفة رحمه الله أن جملة الثمن مجهولة حالة العقد جهالة مفضية إلى المنازعة فتوجب فساد العقد ، كما إذا باع الشيء برقه . ولا شك أن جملة الثمن حالة العقد مجهولة . لأنه باع كل قفيز من الصبرة بدرهم وجملة القفزان ليست بمعلومة حالة العقد فلا تكون جملة الثمن معلومة ضرورة . . وقولها يمكن رفع هذه الجهالة مسلم ، لكنها ثابتة للحال إلى أن ترتفع ، وعندنا إذا ارتفعت في المجلس ينقلب العقد إلى الجواز لأن المجلس وإن طال فله حكم ساعة العقد ، والبيع بوزن هذا الحجر ذهباً ممنوع على أصل أبي حنيفة رحمه الله . . . ولو قال بعت منك هذه الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم ، ولم يسم جملة الصبرة ولكنه سمي جملة الثمن ، لم يذكر هذا في الأصل ، وذكر الطحاوي رحمه الله أنه يحوز ، وهو صحيح لأن المانع جهالة الثمن ولم توجد حيث سماها ، وصارت تسمية جملة الثمن بمنزلة تسمية جملة المبيع ، ولو سمي جملة المبيع لجاز . . (فلو) قال بعت منك هذه الصبرة على أنها مائة قفيز كل قفيز بدرهم ، أو قال على أنها مائة قفيز بمائة درهم ، سمي لكل واحد من القفزان ثمناً على حدة أو سمي لكل ثمن واحداهما سواء ، فلا شك في جواز البيع ، لأن جملة المبيع معلومة وجملة الثمن معلومة . ثم أن وجدها كما سمي ، فالأمر ماض ولا خيار للمشتري . وأن وجدها أزيد من مائة قفيز ، فالزيادة لا تسلم للمشتري بل ترد إلى البائع ، ولا يكون للمشتري إلا قدر ما سمي وهو مائة

قفيز ولا خيار له . وأن وجدها أقل من مائة قفيز ، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن وطرح حصة النقصان وإن شاء تركها . وأصل هذا أن الزيادة فيما لا ضرر في تبغيضه لا تجرى مجرى الصفة ، بل هي أصل ، فلا بد أن يقابله الثمن ، ولا ثمن للزيادة ، فلا تدخل في البيع ، فكانت ملك البائع ، فترد إليه . والنقصان فيه نقصان الأصل لانقصان الصفة ، فإذا وجدها أنقص مما سمي ، نقص من الثمن حصة النقصان ، وإن شاء ترك لأن الصفقة تفرقت عليه لأنها وقعت على مائة قفيز ولم تسلم له ، فأوجب خلا في الرضا ، فيثبت له خيار الترك . وكذا الجواب في الموزونات التي ليس في تبغيضها ضرر ، لأن الزيادة فيها لا تجرى مجرى الصفة . بل هي أصل بنفسها ، وكذلك المعدودات المتقاربة .

والصورة الجديدة التي أوردناها نقلا عن البدائع هي ما إذا سمي جملة الثمن وسعر الوحدة وترك المبيع جزافا تمكن معرفة مقداره من نسبة جملة الثمن إلى سعر الوحدة ، أو سمي جملة المبيع وسعر الوحدة ، أو سمي جملة المبيع وجملة الثمن : فباع كل الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم ، أو باع الصبرة على أنها مائة قفيز كل قفيز بدرهم ، أو باع الصبرة على أنها مائة قفيز بمائة درهم . في جميع هذه الأحوال يتعين كل من المبيع أو الثمن أو في القليل يكون كل منهما قابلا للتعيين ، فيصح البيع إجماعا . وفي هذا يتفق الفقه الإسلامي مع الفقه الغربي على النحو الذي بيناه . ولكن الفقه الإسلامي يعمد في التحليل أعمانا يتخلف عنه فيه الفقه الغربي ، وهو في ذلك يجري على منطق محكم الحلقات ، وإن ضاقت به مقتضيات التعامل ، عندما يميز بين المكيلات والموزونات ، والمعدودات المتقاربة من جهة وبين المذروعات من جهة أخرى . ففي المذروعات تجرى الزيادة أو النقص مجرى الصفة لا الأصل ، إلا إذا سمي لكل وحدة من المذروع ثمننا على حدة . وهذا ما يقوله صاحب البدائع (جزء ٥ ص ١٦٠ - ص ١٦١) في ذلك : « وأما المذروعات من الثوب والأرض والخشب وغيرها ، فإن سمي لجملة الذرعان ثمننا واحدا ولم

يسم لكل ذراع منها ثمننا على حدة ، بأن قال بعت منك هذا الثوب على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم ، فالبيع جائز ، لأن البيع وثمنه معلومان . ثم أن وجدده مثل ماسمي ، لزمه الثوب بعشرة دراهم ، ولا خيار له . وأن وجدده أحد عشر ذراعاً ، فالزيادة سالمة للمشتري . وأن وجدده تسعة أذرع ، لا يطرح من أجل النقصان شيء من الثمن ، وهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك . فرق بينهما وبين المكيلات والموزونات التي ليس في تبعيضها ضرر والعديدات المتقاربة . ووجه الفرق أن زيادة الذرع في الذرعات جارية مجرى الصفة ، كصفة الجودة والكتابة والخياطة ونحوها ، والثمن يقابل الأصل لا الصفة . والدليل على أنها جارية مجرى الصفة أن وجودها يوجب جودة في الباقي وفواتها يسلب صفة الجودة ويوجب الرداءة ، فتلحق الزيادة بالجودة والنقصان بالرداءة حكماً ، والجودة والرداءة صفة ، والثمن يرد على الأصل دون الصفة ، إلا أن الصفة تملك للموصوف لكونها تابعة قائمة به . فإذا زاد ، صار كأنه اشتراه رديئاً فإذا هو جيد ، كما إذا اشترى عبداً على أنه ليس بكاتب أو ليس بخياط فوجدده كاتباً أو خياطاً ، أو اشترى عبداً على أنه أعور فوجدده سليم العينين ، أو اشترى جارية على أنها ثيب فوجددها بكرًا ، تسلم له ولا خيار للبائع ، كذا هذا . وإذا نقص ، صار كأنه اشتراه على أنه جيد فوجدده رديئاً ، كما إذا اشترى عبداً على أنه كاتب أو خباز أو صحيح العينين فوجدده غير كاتب ولا خباز ولا صحيح العينين ، أو اشترى جارية على أنها بكر فوجددها ثيباً ، لا يطرح شيئاً من الثمن . لكن يثبت له الخيار ، كذا هذا . بخلاف المكيلات والموزونات التي لا ضرر فيها إذا نقصت والمعدودات المتقاربة ، لأن الزيادة فيها غير ملحقة بالأوصاف لأنها أصل بنفسها حقيقة ، والعمل بالحقيقة واجب ما أمكن ، إلا أنها ألحقت بالصفة في المذروعات ونحوها لأن وجودها يوجب الجودة والكمال للباقي وفواتها يوجب النقصان والرداءة له . وهذا المعنى ههنا منعدم فبقيت أصلاً بنفسها حقيقة . وإن سمي لكل ذراع منها ثمننا على حدة ، بأن قال بعت منك هذا الثوب على أنه عشرة

أذرع كل ذراع بدرهم ، فالبيع جائز لما قلنا . ثم إن وجدته مثل ما سمي ، فالأمر حاض ، ولزمه الثوب كل ذراع بدرهم . وإن وجدته أحد عشر ذراعاً ، فهو بالخيار إن شاء . أخذه كله بأحد عشر درهما وإن شاء ترك . وإن وجدته تسعة أذرع ، فهو بالخيار إن شاء طرح حصة النقصان درهما وأخذه بتسعة دراهم وإن شاء ترك لتفرق الصفقة عليه . وهذا يشكل على الأصل الذي ذكرنا أن زيادة الذرع في المذروعات تجرى مجرى الصفة لها لأن الثمن يقابل الأصل دون الوصف ، فينبغي أن تكون الزيادة سالمة للمشتري ولا خيار له ولا يطرح لأجل النقصان شيئاً كما في الفصل الأول لأن الثمن يقابل الأصل دون الصفة بمنزلة زيادة الجودة ونقصان الرداءة على ما ذكرنا . وحل هذا الاشكال أن الذرع في المذروعات إنما يجرى مجرى الصفة على الإطلاق إذا لم يفرد كل ذراع بثمن على حدة . فأما إذا أفرد به ، فلا يجرى مجرى الصفة مطلقاً ، بل يكون أصلاً من وجه وصفة من وجه ، فمن حيث أن التبعض فيها يوجب تعيب الباقي كانت الزيادة صفة بمنزلة صفة الجودة ، ومن حيث أنه سمي لكل ذراع ثمناً على حدة كان كل ذراع معقوداً عليه ، فكانت الزيادة أصلاً من وجه صفة من وجه . فمن حيث أنها صفة كانت للمشتري لأن الثمن يقابل الأصل لا الصفة وإنما يدخل البيع تبعاً كما بينا ، ومن حيث أنها أصل لا يسلم له إلا بزيادة ثمن ، اعتباراً للجهتين جميعاً بقدر الإمكان . فله الخيار في أخذ الزيادة وتركها ، لأنه لو لزمه الأخذ لاحالة يلزمه زيادة ثمن لم يكن لزومها ظاهراً عند العقد ، واختل رضاه فوجب الخيار . وفي النقصان إن شاء طرح قدر النقصان وأخذ الباقي اعتباراً لجهة الأصالة ، وأن شاء ترك لأن الصفقة تفرقت عليه ، وأوجب خللاً في الرضا ، وذا يوجب الخيار . (١)

هذا هو حكم المذروعات ، وله نظير في العدييات المتفاوتة وغيرها

(١) أنظر فيما قدمناه من المسائل في المذاهب الأخرى : في مذهب مالك الخطاب ٤ ص ٢٩٦ ص ٣٠٠ - وفي مذهب الشافعي المذهب ١ ص ٢٦٣ - ص ٢٦٦ - وفي مذهب أحمد الشرح الكبير على متن المقنع ٤ ص ٢٩ - ص ٣٩ .

لا يتسع له المقام. ويبدئك فيما قدمناه قوة الصناعة الفقهية ، ولعل هذا المثل من الفقه الاسلامي مثل بارز في دقة التحليل وروعة الصنعة . فقد جعل الفقهاء لزيادة و نقصان فيما لا يضره التبعض أصلا لا وصفا ، وفيما يضره التبعض وصفا لا أصلا . وبفضل التمييز بين الأصل والوصف ، ثم بفضل جعل الوصف عند تسمية ثمن للوحدة أصلا من جهة ووصفا من جهة أخرى ، تراهم يستخلصون حلا لا دقيقة ، يتميز بعضها عن بعض ، في سلسلة قوية الحبك من منطق منسجم ، يهرك انسجامه ودقته ، ولكنه يبعد بك عما هو مألوف في العمل . تلك آية على أن الفقه الاسلامي مالبث أن أصبح من عمل الفقهاء ، وليس للقضاء فيه أثر محسوس . وقد خلق الفقهاء به في جو من منطق سديد ، وفكر قوى ، وتميزات دقيقة ، ولكنه صار بذلك أقرب إلى أرضاء الصناعة الفقهية منه إلى مواجهة الحياة العملية .

الاكتفاء بقابلية المحل للتعين :

ويبدو من بعض النصوص أنه لا يشترط أن يكون المحل معيناً فعلاً ، بل يكفي أن يكون قابلاً للتعين . جاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٨٦ - ص ٨٧) : « ويجوز بإناء بعينه لا يعرف مقداره ، وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره . قد قيد الأناء بكونه مما لا يحتمل الزيادة والنقصان ، كأن يكون من خشب أو حديد ، أما إذا كان يحتمل كالزئبيل والجوالق فلا يجوز . وعلى هذا بيع ملء قربة بعينها أو راوية من النيل عن أبي حنيفة أنه لا يجوز ، لأن الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القربة . لكن أطلق في المجرّد جوازه ، ولا بد من اعتبار القرب المتعارفة في البلد مع غالب السقائين . . . وفي جمع التفاريق عن محمد رحمه الله جواز الشراء بوزن هذا الحجر ، وفيه الخيار . وينبغي أن يكون هذا محمل الرواية عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضاً كما لا يجوز في السلم ، . فهنا نرى أن المحل لم يعين فعلاً . ولكن وضعت عناصر تعيينه فكان قابلاً للتعين ، فهو ملء أناء بعينه ، أو ملء قربة من القرب المتعارفة في البلد مع غالب السقائين ، أو وزن حجر بعينه .

وقد تكون ظروف الزمان والمكان من العناصر الضرورية في قابلية المحل للتعيين . فقد ذكر الفقهاء أنه يجوز بيع الحمام في البرج ولو جزافاً لما في العد من مشقة . على أن في المسألة خلافاً ، فهناك رأى يذهب إلى عدم جواز البيع إلا بالعد لما في البيع جزافاً من غرر . وعند الحنفية لا يجوز بيع الحمام في البرج إلا بالليل ، لأن الحمام بالنهار يكون بعضه خارج البرج فلا يكون قابلاً للتعيين . . فعنصر الزمان هنا ضروري ، لأن الحمام إذا بيع جزافاً لا يمكن أن يحاط به كل الإحاطة ، فلا بد من الإكتفاء بقابليته للتعيين ، ولا يكون قابلاً للتعيين إلا ليلاً عند ما يأوى إلى برجه . ويقول الخطاب (جزء ٤ ص ٢٨٩) في بيع الحمام جزافاً أو بالعد ما يأتي : « من سماع أصبغ من جامع البيوع عن ابن القاسم إنه أجاز بيع البرج بما فيه وبيع جميع ما فيه إذا رآه وأحاط به معرفة وحزراً . قال ابن رشد لعبد الله بن نافع في المدونة إنه لا يجوز بيع حمام البرج جزافاً للغرر ، ولا يباع إلا عدداً . . وحكى ابن عرفة عن محمد عن ابن القاسم مثل ما روى عنه أصبغ ، ونصه محمد عن ابن القاسم لا بأس ببيع ما في البرج من حمام أو يبعه بحمامه جزافاً . وحكى في التوضيح القولين من غير ترجيح ، ورجع في الشامل الجواز ، وهو الظاهر ، . ويقول ابن عابدين (جزء ٤ ص ١٦٦) في عدم جواز بيع الحمام في البرج إلا بالليل ما يأتي : « في الذخيرة باع برج حمام ، فإن ليلاً جاز ، ولو نهاراً فلا لأن بعضه يكون خارج البيت فلا يمكن أخذه إلا بالاحتياط (١) . »

والفقه الإسلامي كالفقه الغربي لا يجوز ترك تعيين الثمن لمحض إرادة المشتري ولا بيع الشيء بقيمته دون تحديد ثمن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين .

(١) ثم يقول ابن عابدين (جزء ٤ ص ١٦٦) : « والظاهر أنه مبني على ظاهر الرواية ، تأمل . وفيه ألتر بعضهم فقال :

يا إماما في فقه نعمان أضحي
حائز السبق مفردا لا يجارى
أي بيت يجوز يبعك إيا
• ليل ولا يجوز نهـارا

ويذهب الفقه الإسلامي في وجوب تعيين المحل إلى مدى أبعد من الفقه الغربي ، فلا يجوز ، كما يجيز الفقه الغربي ، أن يترك تقدير الثمن إلى حكم أجنبي ولا يعتبر الثمن في هذه الحالة قابلاً للتعيين بتقدير الحكم ، بل يعتبره مجهولاً جهالة فاحشة فلا يصح البيع . ويقول صاحب البدائع (جزء ٥ ص ١٥٨) في هذه المسائل ما يأتي : « ولو قال بعث هذا العبد بقيمته فالبيع فاسد ، لأنه جعل ثمنه قيمته ، وأنها تختلف باختلاف تقويم المقومين ، فكان الثمن مجهولاً ... وكذا إذا باع بحكم المشتري أو بحكم فلان ، لأنه لا يدري بماذا يحكم فلان فكان الثمن مجهولاً .. »

والظاهر أنه وإن اتفق الفقه الإسلامي والفقه الغربي من حيث المبدأ في وجوب تعيين المحل ، إلا أن الفقه الإسلامي ، من حيث التطبيق ، يتطلب قدراً من التعيين أكبر من القدر الذي يتطلبه الفقه الغربي . ويرجع ذلك إلى فكرة الغرر ، فالفقه الإسلامي يتوقى الغرر ما استطاع ويتجنب مظانه ، فإذا لم يكن المحل معيناً تعييناً واضحاً لا يتطرق إليه أي احتمال ، خيف على الصفقة من الغرر ، وفسد العقد . ونأتي بمثالين من الفقه الإسلامي ، في أحدهما يجب اعتبار المحل قابلاً للتعيين من وجهة نظر الفقه الغربي ومع ذلك يفسد العقد في الفقه الإسلامي لجهالة المحل ، وفي الثاني يجب اعتبار المحل من وجهة نظر الفقه الغربي لا قابلاً للتعيين فحسب بل معيناً فعلاً ومع ذلك تختلف فيه الأقوال في الفقه الإسلامي فيرى بعض الفقهاء أن المحل مجهول والعقد فاسد :

جاء في المذهب (جزء ١ ص ٢٦٦) : « ولا يجوز (البيع) إلا بثمن معلوم القدر . فإن باع بثمن مجهول ، كبيع السلعة برقمها وبيع السلعة بما باع به فلان سلعته وهما لا يعلمان ذلك ، فالبيع باطل ، لأنه عوض في البيع فلم يجز مع الجهل بقدره . » وجاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٥٨) : « ولو باع شيئاً بربح . . ولم يعلم المشتري رأس ماله ، فالبيع فاسد حتى يعلم فيختار أو يدع ، هكذا روى ابن رستم عن محمد ، لأنه إذا لم يعلم رأس ماله كان ثمنه مجهولاً ،

وجهاً للثمن تمنع صحة البيع . فإذا علم ورضى به، جاز البيع، لأن المانع من الجواز هو الجهالة عند العقد ، وقد زالت في المجلس وله حكم حالة العقد ، فصار كأنه كان معلوماً عند العقد . وأن لم يعلم به حتى إذا افترقا ، تقرر الفساد.. وكذا إذا باع الشيء برقه أو رأس ماله ولم يعلم المشتري رقبه ورأس ماله ، فهو كما إذا باع شيئاً بربح . . ولم يعلم ما اشترى به . . فهنا بيعت السلعة برقبها أو برأس مالها أو بربح معلوم يضاف إلى رأس مالها أو بما باع به فلان سلعته ، والمشتري يحل رقم السلعة أو رأس المال أو الثمن الذي باع به فلان سلعته ، ولكن كل ذلك يمكن العلم به . ففي جميع هذه الأحوال يعتبر الفقه الغربي أن الثمن وإن لم يكن معيناً ، قابل للتعيين ، ومن ثم يكون البيع صحيحاً . أما الفقه الإسلامي ، فهاهو يعتبر البيع فاسداً للجهالة بالثمن ، وكأنه لا يكتفى بأن يكون الثمن قابلاً للتعيين ، بل يشترط أن يكون معلوماً من المشتري حال قيام مجلس العقد .

وجاء في البدائع (جرد ٥ ص ١٥٨) . وكذلك إذا اشترى من هذا اللحم ثلاثة أرطال بدرهم ولم يبين الموضع . فالبيع فاسد . وكذلك إذا بين الموضع بأن قال زن لي من هذا الجنب رطلاً بكذا أو من هذا الفخذ ، على قياس قول أبي حنيفة في السلم وعلى قياس قولهما يجوز ، وكذا روى عن محمد رحمه الله أنه يجوز . . فهنا بيع الشيء ، وقد عين جنسه ، ومقداره ، وثمنه ، والموضع من الشاة الذي يؤخذ منه جنياً كان أو نخداً . وهذا كاف في الفقه الغربي لاعتبار الشيء معيناً ، فقد رأينا في هذا الفقه أن الشيء غير المعين بالذات يتعين ببيان جنسه ونوعه ومقداره . أما في الفقه الإسلامي ، فهنا نحن نرى الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه ، وإذا كان الصاحبان يقولان بجواز البيع في هذه الحالة ، فأبو حنيفة يقول بعدم الجواز للجهالة المبيع .

تعيين المثل إذا كان نقوداً :

وفي الفقه الإسلامي ، كما في الفقه الغربي ، إذا وقع العقد على نقود ،

وجب أن تكون معينة بنوعها ومقدارها . ويذكرون في الفقه الإسلامي . أنه إذا أطلق الثمن عن ذكر الصفة ، انصرف إلى المتعارف من نقد البلد . فإذا تعددت العملات في البلد الواحد ، وتساوت في الرواج مع التفاوت في المالية ، ولم يعين العقد أحدها ، كانت هناك جهالة مفضية إلى المنازعة ، فيفسد العقد . أما إذا اختلفت في الرواج ، سواء اختلفت في المالية ، فالعقد صحيح أو اتحدت ويصرف إلى الأروج . وكذلك إذا تساوت في المالية والرواج معاً ، صح العقد ، ويؤدي من أيها شاء المدين إذ لا فضل لإحداها . وقد جاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٨٤ - ص ٨٥) في هذه المسألة ما يأتي : « ومن أطلق الثمن في البيع ، أي أطلقه عن ذكر الصفة بعد ذكر العدد ، بأن قال عشرة دراهم مثلاً ، انصرف إلى غالب نقد البلد لأنه هو المتعارف فيصرف المطلق إليه فإن كانت النقود مختلفة المالية ، كالذهب الأشرفي والناصري بمصر ، لكنها في الرواج سواء ، فالبيع فاسد لعدم إمكان الصرف إلى أحدها بعينه دون الآخر ، لما فيه من التحكم عند التساوي في الرواج ، وإذا لم يمكن الصرف إلى أحدها والحالة أنها متفاوتة المالية ، جاءت الجهالة المفضية إلى المنازعة ، لأن المشتري يريد دفع الانقص مالية والبائع يريد دفع الأعلى ، فيفسد البيع ، إلا أن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما في المجلس ويرضى الآخر لارتفاع المفسد قبل تقررهِ . وإن كانت مختلفة المالية والرواج معاً ، فالبيع صحيح ، ويصرف إلى الأروج للوجه الذي تقدم من وجوب العمل بالعرف والعادة . وكذا إذا كانت متساوية المالية والرواج ، يصح البيع ، ويؤدي من أيها شاء ، لأنه لا فضل لأحدها . فلو طلب البائع أحدها بعينه ، كان للمشتري أن يعطيه من الصنف الآخر ، لأن الامتناع عن قبض ما أعطاه المشتري مع أنه لا فضل للآخر عليه ليس فيه إلا التعنت . وبهذا قلنا الدراهم والدنانير لا تتعين ، حتى لو أراه درهما اشترى به ، فباعه ، ثم حبسه وأعطاه درهما آخر ، جاز ، يعني إذا كانا متحدى المالية ، .

وجاء في الزيلعي (جزء ٤ ص ٥) : « ومطلقه على النقد الغالب ، أي

مطلق الثمن يقع على غالب نقد البلد . ومراده من الاطلاق هنا أن يكون مطلقاً عن قيد البلد وعن قيد وصف الثمن بعد أن سمي قدره ، بأن قال عشرة دراهم مثلاً . فإذا كان كذلك ينصرف إلى المتعامل به في بلده ، لأن المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص ، لا سيما إذا كان فيه تصحيح تصرفه . قال وإن اختلفت النقود ، فسد أن لم يبين ، وهذا إذا كان الكل في الرواج سواء وفي المالية مختلفة ، لأن مثل هذه الجهالة مفضية إلى المنازعة ، فتفسد إلى أن ترفع بالبيان . فإن كانت في الرواج مختلفة ؛ ينصرف إلى غالب نقد البلد على ما بينا . وإن كانت في المالية سواء . جاز البيع كيفما كان ، غير أنه إن كان أحدهما أروج انصرف إليه لما ذكرنا . وإن كانت في الرواج سواء ، كالأحادي والثلاثي والثلاثي ، جاز ، لأن مالية كل واحد سواء ، غير أن الأول كل واحد منه درهم والثاني كل اثنين منه درهم والثالث كل ثلاثة منه درهم . ونظيره الكامل والعادلي والظاهري والمنصوري والناصرى اليوم بمصر . فإذا اشترى بدراهم معلومة ، فأعطى من أيها شاء ، جاز ، لأنه لا منازعة فيها . ولا اختلاف في المالية .

وجاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٢٧٧ — ص ٢٧٨) : « قال في كتاب الصرف من المدونة : ومن اشترى من رجل دراهم بين يديه كل عشرين بدينار ، فلما نقده الدنانير قال لا أرضاها ، فله نقد البلد . فإذا كان نقد البلد في الدنانير مختلفاً ، فلا صرف بينهما ، إلا أن يسميا الدنانير انتهى . وقال اللخمي إذا صرف دراهم بدنانير ، أو باعه سلعة بدنانير ، والدنانير التي يتصرف بها في البلد بين الناس مختلفة السكك . كان ذلك فاسداً ، إلا أن يكون الثمن فيما يباع به ذلك أو الغالب فيما يتصرفون به منها وغيره نادر قليل ، فيجوز ، ويحملان على الغالب انتهى . وذكر البرزلى فيما تعددت السكك وكان الغالب أحدهما قولين . قال وظاهر المدونة في كتاب الأكرية الجواز ، ويحمل على الغالب انتهى . ونصر ما في أكرية الدور منها : ومن اكرى داراً بدنانير ،

يُؤلم يصفها ، والنقد مختلف . فإن عرف لنقد الكراء سكة قضى بها ، وإلا فسخ الكراء ، وعليه فيما سكن كراء مثله . قال أبو الحسن قوله كراء مثله ظاهره من سكة واحدة . قلت وهذا إذا اختلفت السكك في النفاق ، وأما إذا استوت في النفاق . فإن ذلك جائز ، ويجبر البائع على أن يقبض ما جاء به المشتري . قال ابن رشد في آخر سماع ابن القاسم من جامع البيوع : البلد الذي تجوز فيه جميع السكك جوازا واحداً لا فضل لبعضها على بعض . ليس من ابتاع فيه شيئاً أن يبين بأى سكة يبتاع ، ويجبر البائع على أن يأخذ كل سكة أعطاه . كما أن البلد إذا كانت تخرج فيه سكة واحدة ، فليس عليه أن يبين بأى سكة يبتاع ، ويجبر على أن يقبض السكة الجارية . وكما أن البلد الذي تجرى فيه جميع السكك ولا تجوز فيه بجواز واحد ، لا يجوز البيع فيه حتى يسمى بأى سكة يبتاع ، فإن لم يفعل كان البيع فاسداً .

هذه هي مشكلات النقد والعمل في تلك الأزمنة السالفة . تناولها الفقهاء بالتحليل كما نرى . وغنى عن البيان أنه لم يكن هناك في تلك الأزمنة عملة ورقية ذات سعر قانوني أو ذات سعر إلزامي يثار فيها من المشاكل ما أثير في العصر الحاضر .

تعيين المحل إذا كان عملاً :

وإذا وقع العقد على عمل ، وجب في الفقه الإسلامي كما في الفقه الغربي ، أن يكون محل الالتزام معيناً أو قابلاً للتعيين . ونكتفي هنا بعقدين يقع كل منهما على العمل : عقد الأجير المشترك وعقد الاستصناع .

ففي عقد الأجير المشترك يجب بيان العمل الذي يستوَجِر فيه الصانع والعمال ، وهذا هو محل الالتزام ، فلا بد أن يكون معلوماً علماً نافعاً للجهالة الفاحشة ، وإلا فسد العقد . جاء في البدائع (جزء ٤ ص ١٨٤) : « ومنها بيان العمل في استئجار الصانع والعمال لان جهالة العمل في الاستئجار على

الأعمال جهالة مفضية إلى المنازعة ، فيفسد العقد ، حتى لو استأجر عاملاً ولم يسم له العمل من القسارة والخياطة والرعي ونحو ذلك ، لم يحجز العقد . وكذا بيان المعمول فيه في الأجير المشترك ، أما بالإشارة والتعيين ، أو ببيان الجنس والنوع والقدر والصفة في ثوب القسارة والخياطة ، وبيان الجنس والقدر في إجارة الراعي من الخيل أو الإبل أو البقر أو الغنم وعددها ، لأن العمل يختلف باختلاف المعمول . وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر حفاراً ليحفر له بئراً ، أنه لا بد من بيان مكان الحفر وعمق البئر وعرضها ، لأن عمل الحفر يختلف باختلاف عمق المحفور وعرضه ومكان الحفر من الصلابة والرخاوة ، فيحتاج إلى البيان ليصير المعقود عليه معلوماً . وهل يشترط فيه بيان المدة ؟ أما في استئجار الراعي المشترك فيشترط ، لأن قدر المعقود عليه لا يصير معلوماً بدونه ، وأما في استئجار القصار المشترك والخياط المشترك فلا يشترط ، حتى لو دفع إلى خياط أو قصار أثواباً معلومة ليخيطها أو ليقصرها ، جاز من غير بيان المدة ، لأن المعقود عليه يصير معلوماً بدونه .

أما الاستصناع فيلحقه الفقهاء عادة بالبيع ، ويجعلون المعقود عليه فيه العين دون العمل ، وإن كان هناك من الفقهاء من يقول أن المعقود عليه هو العمل لأن الاستصناع طلب الصنع وهو العمل . والواقع أن للاستصناع شبهة بالإجارة من حيث أن فيه طلب الصنع ، وشبهة بالبيع من حيث أن المقصود منه هو العين المستصنع . ومن ثم يقع الاستصناع على كل من العين والعمل ، ومحل الاستصناع هو المستصنع وهو يجمع بين العين والعمل ، فلا بد أن يكون المستصنع إذن معلوماً علماً نافياً للجهالة الفاحشة ، وذلك ببيان جنسه ونوعه وقدره وصفته ، وإلا فسد العقد . جاء في شرح العناية للباقرتي (هامش فتح القدير ٥ ص ٣٥٥ - ص ٣٥٦) : « والمعقود عليه هو العين دون العمل ، حتى لو جاء به مفروغاً لا من صنعه أو من صنعه قبل العقد فأخذه جاز . وفيه نفي لقول أبي سعيد البردعي فإنه يقول المعقود عليه هو العمل ، لأن الاستصناع طلب الصنع وهو العمل ، وعورض بأنه لو كان بيعاً لما بطل

يموت أحدا المتعاقدين، لكنه يبطل بموت أحدهما، ذكره في جامع قاضيخان.
وأجيب بأن للاستصناع شبهة بالإجارة من حيث أن فيه طلب الصنع وهو
العمل، وشبهة بالبيع من حيث أن المقصود منه هو العين المستصنع، .
وجاء في البدائع (جزء ٥ ص ٢٠٩) : « وأما شرائط جوازه (أى
الاستصناع) فمنها بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته، . وقد سبقت
الإشارة إلى ذلك عند الكلام في بيع المعدوم.

الفرع الثالث

المحل صالح للتعامل فيه

المبحث الأول

صلاحية المحل للتعامل فيه في الفقه الغربي

منى يعتبر الشيء غير صالح للتعامل فيه في الفقه الغربي :

يكون الشيء . ، في الفقه الغربي ، غير صالح للتعامل فيه لأحد أسباب ثلاثة : ١ - أما لأن طبيعته تتعارض مع التعامل فيه ٢ - وأما لأن الغرض الذي خصص له يتنافى مع هذا التعامل ٣ - وأما لأن التعامل فيه يعتبر مخالفا للنظام العام أو الآداب .

فهناك أشياء تأتي طبيعتها التعامل فيها . فالإنسان لا يجوز التعامل فيه بحكم إنه إنسان ، وذلك بعد تحريم الرق . والشمس والهواء والبحر لا يمكن التعامل فيها بحكم طبيعتها ، وكذلك لاستحالة التعامل . فإذا أمكن التعامل فيها من بعض النواحي جاز ، وذلك كأشعة الشمس يحصرها المصور الفوتوغرافي ، والهواء يستعمله الكيمائي في أغراضه ، والبحر يؤخذ من مائه ما يصلح أن يكون محلا للتملك . وقد لا يكون للشيء مالك فهو مال مباح ، كالطير في الهواء والسماك في البحر ، ويملكه من يستولي عليه ، وعندئذ يستطيع أن يتعامل فيه . وهناك أشياء يتنافى الغرض الذي خصصت له مع التعامل فيها . فالملك العام لا يصح بيعه ولا التصرف فيه لأنه مخصص لمنفعة عامة ، وتخصيصه هذا يتنافى مع جواز التصرف فيه . والمال الموقوف (وقفا خيريا بعد إلغاء الوقف الأهلي) خصص لغرض يقتضي حبسه عن التصرف فيه مادام وقفاً . وعدم الصلاحية للتعامل بسبب الغرض الذي خصص له الشيء .

أمر نسي . فالملك العام إذا كان لا يصلح محلاً للبيع ، فإنه يصلح محلاً للإيجار ، كما في شغل جزء من الطريق العام ، أو في منح رخصة لإقامة أكشاك (كابينات) على شواطئ البحار . والمال الموقوف إذا كان لا يجوز بيعه ، فإنه يجوز إيجاره . والضابط في هذه المسألة أن عدم الصلاحية للتعامل إنما يرجع إلى الغرض الذي خصص الشيء له ، فكل تعامل يتنافى مع هذا الغرض لا يجوز . أما التعامل الذي لا يتنافى معه فهو جائز .

وهناك أخيراً أشياء يعتبر التعامل فيها مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، فيحرم التعامل لأنه يكون غير مشروع . وعدم المشروعية أما أن يكون مفهوماً من مقتضى مخالفة التعامل للنظام العام أو الآداب . وأما أن يكون قد ورد فيه نص صريح . والنص إنما يكشف عن المخالفة ولا ينشئها . ووجوده إنما يكون دليلاً على عناية المشرع بالأمر عناية خاصة ، فأثر أن يورد فيه نصاً ، كما فعل المشرع المصري عندما نص في المادة ٨٤ من التقنين المدني على أن « ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها » . أو هو تحديد لأمر يتدخل المشرع لتحديده ، كما فعل في تحديد الربا الفاحش . أو هو إيضاح في مقام يكون عدم النص فيه مؤدياً إلى الغموض ، كما في النص الذي يحرم التعامل في التركة المستقبلية . أو هو تحريم لأمر تقضى ظروف البلد الخاصة بتحريمه ، كما حرم المشرع المصري الاتجار في الحشيش والمخدرات ، وكما حرم بيع الوفاء . فيمكن القول إذن أن المحل يكون غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، سواء ورد نص في القانون بتحريمه أو لم يرد . وتضع المادة ١٣٥ من التقنين المدني المصري هذه القاعدة العامة في العبارات الآتية : « إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً (١) »

(١) وبقابل هذا النص في التقنين المدني السوري المادة ١٣٦ وهي مطابقة ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ١٣٥ وهي مطابقة ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ١٣٠ ونجري على الوجه الآتي : « يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، وإلا كان العقد باطلاً . وتعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة لتنصرف في الوقف وفي العقار ، ولا تنصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة ، وقوانين التسمير الجبري ، وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية » . وفي تقنين الموجبات والالتزامات المدنية المادة ١٩٢ فقرة أولى ونجري على الوجه الآتي : « باطل كل عقد يوجب أمراً لا يبيعه القانون ولا ينطبق على الآداب »

فإذا عرفنا ما هو النظام العام والآداب ، أمكن أن نقرر ما إذا كان نص معين في القانون يعتبر من النظام العام أو الآداب فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه ، وأمكن أيضاً أن نقرر ، حتى عند انعدام النص ، ما إذا كان الشيء مخالفاً للنظام العام أو الآداب فلا يصح أن يكون محلاً للتعاقد . فما هو المقصود إذن بالنظام العام والآداب ؟

النظام العام والآداب :

تعتبر القاعدة القانونية من النظام العام إذا قصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة ، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية ، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى ، وتعلو على مصلحة الأفراد . وتضيق دائرة النظام العام إذا تغلبت الفكرة الفردية لأن هذه الفكرة تطلق الحرية للفرد ، فلا تتدخل الدولة في شؤونه ، ولا تحميه إذا كان ضعيفاً ، ولا تسكب جماحه إذا كان قوياً ، فإذا ما تغلبت الفكرة الاشتراكية ومذاهب التضامن الاجتماعي ، اتسعت دائرة النظام العام وأصبحت الدولة تقوم بشؤون كانت تتركها للفرد ، وتتولى حماية الضعيف من القوى ، بل هي تحمي الضعيف ضد نفسه . ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد ما هو النظام العام ، تحديداً مطلقاً يتمشى على كل زمان ومكان ، لأن النظام العام أمر نسبي ، وكل ما استطاع هو وضع معيار مرن ، هو معيار المصلحة العامة التي تتعلق بنظام المجتمع الأعلى ، وتطبيق هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي إلى نتائج غير التي نصل إليها في حضارة أخرى .

والآداب ، في أمة معينة ، وفي جيل معين ، هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية . وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة ، والعادات المتأصلة ، وما جرى به العرف ، وتواضع عليه الناس ، وللدين أثر كبير في تكييفه ، وكلما اقترب الدين من الحضارة ، كلما ارتفع المعيار الخلقي . ومن هنا نرى أن العوامل التي تكيف الناموس الأدبي كثيرة مختلفة . فالعادات والعرف والدين

والتقاليد ، وإلى جانب ذلك ، بل في الصميم منه ، ميزان إنساني يزن الحسن والقبح ، ونوع من الألهام البشري يميز بين الخير والشر ، كل هذه العوامل مجتمعة توحد الناموس الأدبي الذي تخضع الناس له ، ولو لم ينص القانون على ذلك . ومعيار الآداب - أود الناموس الأدبي - ليس معياراً ذاتياً يرجع فيه كل شخص إلى نفسه وإلى تقديره الذاتي ، بل هو معيار موضوعي اجتماعي يرجع فيه الشخص إلى ما تواضع عليه الناس . وهو في الوقت ذاته معيار نسبي غير ثابت ، يتطور تبعاً لتطور الفكرة الأدبية في حضارة معينة . فهناك أمور كانت تعتبر مخالفة للآداب فيما مضى ، كالربا والتأمين على الحياة والوساطة في الزواج والعري ، أصبحت الآن ينظر لها نظراً آخر . وهناك ، على النقيض من ذلك ، أمور أصبحت الآن مخالفة للآداب ، كالرق وإدخال المهربات في بلاد أجنبية ، وكانت من قبل غير ذلك وفي العصر الواحد ، يختلف الناموس الأدبي من بلد إلى بلد ، فالحجاب وتعدد الزوجات يختلف النظر إليها في الشرق عنه في الغرب .

وترى من ذلك أن النظام العام والآداب هما الباب الذي تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية فتؤثر في القانون وروابطه ، وتجعله يتمشى مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية والخلقية في الجيل والبيئة ، وتتسع دائرة النظام العام والآداب أو تضيق تبعاً لهذه التطورات ، وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم ، وما تواضعوا عليه من آداب . ونحن في العصر الحاضر نشهد تغلب النزعة الاشتراكية واتساع دائرة النظام العام من ناحية ، ونشهد من ناحية أخرى تأثر القانون المضطرب بالعوامل الخلقية حتى صح أن يسمى هذا العصر بعصر تغلغل الروح الاشتراكية والروح الخلقية في القانون

(socialisation et moralisation du droit)

على أن الفكرتين اللتين تسودان النظام العام والآداب ، فتبعثان فيهما الخصب والمرونة والقابلية للتطور ، هما :
أولاً : فكرة المعيار ، ، فمعيار النظام العام هو المصلحة العامة التي

تتعلق بنظام المجتمع الأعلى ، ومعيار الآداب هو التاموس الأدبي ، .
وهما معياران موضوعيان لا ذاتيان .

ثانياً : فكرة « النسبية » . فلا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب
ألا في أمة معينة وفي جيل معين .

ونحاول أن نحدد دائرة النظام العام والآداب في بيئتنا الحالية
وعصرنا الحاضر ، فنستعرض اتفاقات تخالف النظام العام وأخرى
تخالف الآداب (١) .

المطلب الأول

اتفاقات تخالف النظام العام

روابط القانون العام وروابط القانون الخاص :

لا ينحصر النظام العام في دائرة روابط القانون العام ، فالنظام العام
يتناول دون شك روابط القانون العام وروابط القانون الخاص على السواء .
وهو في روابط القانون الخاص ، لا يقتصر على روابط الأحوال الشخصية
بل يتناول أيضاً روابط المعاملات المالية .

§ ١ — روابط القانون العام

أنواع هذه الروابط :

ينظم القانون العام علاقة الأفراد بالهيئات العامة وروابط الهيئات
العامة بعضها ببعض . ففروع القانون العام هي إذن القانون الدستوري
والقانون الإداري والقانون المالي والنظام القضائي والقانون الجنائي .

(١) أنظر فيما قدمناه وفيما يلي من النظام العام والآداب وعن صلاحية المحل للمعاملة فيه
الوسيط الجزء الأول ص ٣٩٧ — ص ٤١٣ .

والروابط التي تنظمها هذه القوانين هي من النظام العام ، إذ الهدف فيها هو تحقيق المصلحة العامة التي تتعلق بنظام المجتمع الأعلى ، فلا يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يتعارض مع هذه المصلحة تحقيقاً لمصالحهم الفردية . ونستعرض أمثلة على ذلك تتعلق : (١) بالقواعد الدستورية والحريات العامة (٢) وبالنظم الإدارية والمالية (٣) وبالنظام القضائي (٤) وبالقوانين الجنائية .

القواعد الدستورية والحريات العامة :

تشكيل المجالس النيابية وطرق القيام بأعمالها ، كل هذا يعتبر من النظام العام ، ولا يجوز الاتفاق على ما يعارضه . فلا يجوز لمرشح أن يتعهد لمرشح آخر ألا يرشح نفسه . سواء كان هذا التعهد بمقابل أو بغير مقابل . ولا يجوز لناخب أن يتعهد لمرشح بأعطائه صوته ، ويكون هذا التعهد إذا وقع باطلا لمخالفته للنظام العام . ولا يجوز لنائب في هيئة تشريعية أن يتعهد بالنزول عن عضويته في هذه الهيئة لمصلحة شخص آخر ، ولا أن يقيد نفسه باتفاق على أن يصوت لرأي معين .

والحريات العامة ، كالحرية الشخصية وما يتفرع عنها من حرمة النفس والحرمة الأدبية وحرية الدين والاعتقاد وحرية الاجتماع وحرية العمل والتجارة هي أيضا من النظام العام .

فلا يجوز لأحد النزول عن حرمة الشخصية . وتطبيقاً لهذا المبدأ قضت الفقرة الثانية من المادة ٦٧٨ من التقنين المدني المصري بأنه لا يجوز لأحد أن يتعهد بخدمة آخر طول حياته أو طول حياة المخدم ، فإذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لا أكثر من خمس سنوات ، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر .

والنفس حرمة لا يجوز انتهاكها باتفاقات تتعارض مع سلامتها . فيكون باطلا كل اتفاق يتعهد بموجبه شخص أن يعرض سلامته لخطر لا توجبه الضرورة ، كالاتفاق على المبارزة أو الملاكمة أو المصارعة ، وإن كان هناك ميل في الوقت الحاضر إلى إباحة التعاقد فيما يتعلق بالالعاب الرياضية ولو كانت عنيفة ، كالملاكمة والمصارعة ، لانتشار هذه الألعاب ورضا الرأي العام عنها .

وحرمة النفس الحرمة الأدبية لا يجوز انتهاكها . فلا يصح أن يتنازل مؤلف عن حقه الأدبي في ادخال ما يراه من التعديل فيما ألفه ، حتى لو كان قد نزل عن حقوقه المادية في مؤلفه .

ويبطل كل اتفاق يقيد من حرية الشخص في اعتناق الدين الذي يختاره ، وكذلك كل اتفاق يقيد الشخص بعبيدة معينة أو بمذهب معين من مذاهب التفكير .

ولكل شخص الحق في أن يجتمع مع غيره في هيئة أو جماعة ، وأن ينتمى إلى ما يشاء من الجمعيات مادام الغرض الذي تألفت من أجله هذه الجمعيات مشروعاً . وأكثر ما يطبق هذا المبدأ في حالة نقابات العمال ، فلكل عامل الحق في الانضمام إلى النقابة التي يختارها ، وهو حر كذلك في ألا ينضم إلى نقابة ما . على أنه قضى بصحة اتفاق تعهد صاحب العمل بموجبه ألا يستخدم من العمال إلا من كان منضماً إلى نقابة ، فتقيدت بذلك حرية العامل على نحو ما في أن يبقى بعيداً عن النقابات .

ولكل شخص الحرية في اختيار العمل الذي يتخذه حرفة له وفي القيام بما يشاء من أنواع التجارة ، ولا يجوز أن يحرم شخص من هذه الحرية ولو رضى بهذا الحرمان . فإذا تعهد شخص ألا يعمل في تجارة معينة أو ألا يلتحق بعمل معين ، فقد قيد بذلك من حريته في التجارة والعمل ، وقد يكون هذا القيد مخالفاً للنظام العام . وكان القضاء في فرنسا وفي مصر يبطل

التقيد لمخالفته للنظام العام إذا كان مطلقاً غير محدود لا بزمان ولا بمكان . أما إذا قيد بزمان كأن يتعهد الشخص بأن يمتنع عن العمل أو التجارة مدة معينة ، أو بمكان كأن يلتزم المتعهد بالامتناع عن العمل أو التجارة في مكان معين ، كان التعهد صحيحاً . ثم بدا ميل من جانب القضاء إلى العدول عن هذه القواعد الجامدة واستبدال معيار مرن بها ، فلا يكون المدار في الصحة والبطالان أن يتقيد المتعهد بزمان أو بمكان أو لا يتقيد ، بل المهم أن يكون التعهد معقولاً لا تعسف فيه . ولا يكون هناك تعسف إذا كان التعهد لازماً لحماية الدائن من منافسة المدين غير المشروعة حتى لو كان هذا التعهد مطلقاً من كل قيد في الزمان أو في المكان ، ويكون التعهد باطلاً إذا ما زاد عن الحد اللازم لهذه الحماية المشروعة حتى لو كان مقيداً في الزمان وفي المكان . فالعبرة إذن ليست بتقييد التعهد بل بكونه لازماً للحماية المشروعة . وتطبيقاً لهذا المعيار نصت المادة ٦٨٦ من التقنين المدنى المصرى على ما يأتى :

١ - إذا كان العمل الموكول إلى العامل يسمح له بمعرفة عملاء رب العمل أو بالاطلاع على سر أعماله ، كان للطرفين أن يتفقا على ألا يجوز للعامل بعد انتهاء العقد أن ينافس رب العمل ، ولا أن يشترك في أى مشروع يقوم بمنافسته .

٢ - غير أنه يشترط لصحة هذا الاتفاق أن يتوافر فيه ما يأتى :

(أ) أن يكون العامل بالغاً رشده وقت إبرام العقد .

(ب) أن يكون القيد مقصوراً من حيث الزمان والمكان ونوع العمل على القدر الضرورى لحماية مصالح رب العمل المشروعة .

٣ - ولا يجوز أن يتمسك رب العمل بهذا الاتفاق إذا فسخ العقد أو رفض تجديده دون أن يقع من العامل ما يبرر ذلك ، كما لا يجوز له التمسك بالاتفاق إذا وقع منه هو ما يبرر فسخ العامل للعقد .

وكذلك نصت المادة ٦٨٧ على ما يأتى : « إذا اتفق على شرط جزائى

في حالة الإخلال بالامتناع عن المنافسة، وكان في الشرط مبالغة تجعله وسيلة لإجبار العامل على البقاء في صناعة رب العمل مدة أطول من المدة المتفق عليها، كان هذا الشرط باطلاً، وينسحب بطلانه أيضاً إلى شرط عدم المنافسة في جملته .

النظم الإدارية والمالية :

والنظم الإدارية والمالية هي أيضاً تحقق مصلحة عامة، فهي من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على ما يتعارض مع هذه المصلحة .

فلا يجوز للموظف أن ينزل عن وظيفته لشخص آخر، ولا أن يتعهد له بأن يستقيل من وظيفته . وكل عقد يرمى إلى جعل الموظف يستفيد من وراء وظيفته، كأن يتعاقد على شيء متصل بأعمال الوظيفة فيجنى من وراء ذلك ربحاً، يكون عقداً باطلاً لمخالفته للنظام العام . وليس الأمر مقصوراً على الموظف، فكل وسيط يبذل وساطته في نظير مقابل يحصل عليه للوصول إلى نتيجة تحتم النزاهة في الإدارة أن يكون الوصول إليها دون مقابل أو وساطة، إنما يقوم بعمل غير مشروع، ويكون تعاقدده باطلاً، فاتفاق الوسيط مع شخص على جعل يأخذه الوسيط إذا مكن هذا الشخص من الحصول على وظيفة أو على امتياز من الحكومة يكون اتفاقاً باطلاً لمخالفته للنظام العام .

كذلك لا يجوز للموظف أن يقوم بعمل تجارى محرم عليه . بل أن هناك من المهن، كالطب والمحاماة، ما ينظم تنظم تنظيمياً إدارياً، ولا يجوز لمن يمارسها أن يخلط بينها وبين أعمال التجارة . فلا يجوز للطبيب أن يتفق مع صيدلى على أن يرسل الطبيب عملاءه للصيدلى ليشتروا منه الأدوية اللازمة لهم، في مقابل جعل . ولا يجوز للمحامى أن يجعل وسيطاً بينه وبين موكله

ويؤجر الوسيط على وساطته، ولا أن يأخذ في مقابل أتعابه جزءاً من الحق المتنازع فيه فإن هذا ضرب من الاتجار بالمهنة واستغلال لضعف الموكل .
وقد رأينا فيما تقدم أن القوانين التي تنظم النقد والعملة تعتبر من النظام العام ، وإن شرط الدفع بالذهب باطل في المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء .

النظام القضائي :

تحديد اختصاص المحاكم ، فيما عدا الاختصاص المحلي ، يعتبر من النظام العام . ولا يجوز للخصوم أن يتفقوا على اختصاص محكمة تكون غير مختصة بالنسبة إلى ولايتها أو بالنسبة إلى اختصاصها النوعي ، فيرفعوا قضية من اختصاص القضاء الإداري إلى القضاء المدني ، أو قضية من اختصاص المحاكم الجنائية إلى المحاكم المدنية .

وقابلية الحكم للطعن فيه بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر أو غير ذلك قد تعتبر من النظام العام . فلا يجوز للخصوم أن يتفقوا على أن المعارضة جائزة في حكم حضوري ، أو أن الاستئناف جائز في حكم لا يقبله . ولكن يجوز الاتفاق على أن الحكم الذي يصدر من محكمة أول درجة لا يستأنف ولا يعارض فيه حتى لو كان قابلاً للاستئناف أو للمعارضة .

القوانين الجنائية :

لا تجوز مخالفة القوانين الجنائية باتفاقات خاصة ، لأن هذه القوانين تعتبر من النظام العام ، فيعد باطلاً الاتفاق على ارتكاب جريمة أو الاتفاق على عدم ارتكاب جريمة لقاء مبلغ من المال . ويعد باطلاً أيضاً الاتفاق الذي يلتزم بموجبه شخص بأن يتحمل عن آخر ما قد عسى أن يتعرض له من مسؤولية جنائية ، والاتفاق الذي يلتزم بموجبه شخص بأن يدفع الغرامات

التي يحكم بها جنائياً على شخص آخر . ولا يجوز بموجب اتفاق خاص أن تخلق جريمة ليست موجودة في القانون ، كأن يتفق البائع والمشتري - في البيع بالتقسيط - على أن يسمياً البيع إيجاراً حتى تتوافر أركان جريمة التبيد .

٢- روابط القانون الخاص

الأحوال الشخصية :

كثير من روابط الأحوال الشخصية يحقق مصلحة عامة ويعتبر من النظام العام ، فلا يجوز للأفراد تعديلها باتفاقات فيما بينهم . من ذلك الحالة المدنية للشخص ، وأهليته ، وعلاقته بأسرته .

فلا يجوز تعديل الحالة المدنية باتفاق خاص ، كأن يتفق شخص مع آخر على تعديل جنسيته أو تغيير اسمه أو النزول عن بنوته أو الصلح على شيء من ذلك . أما إذا أصبح اسم الشخص اسماً تجارياً ، فإنه يكون مالا فيجوز النزول عنه وبيعه والتصرف فيه .

وقواعد الأهلية من النظام العام ، فلا يستطيع شخص أن ينزل عن أهليته أو يزيد فيها أو ينقص منها باتفاق خاص . وقد نصت المادة ٤٨ من التقنين المدني المصري على أنه " ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها ، . وكالأهلية الولاية ، فلا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يزيد أو ينقص من حدود ولايته .

وعلاقة الشخص بأسرته وماله من حقوق وما عليه من واجبات ، كل هذا يعتبر من النظام العام ، إذا لم يكن حقوقاً مالية محضة . مثل ذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ عن عقد الزواج ، فلا يجوز الاتفاق ما بين الزوجين على تعديل مال الزوج من حقوق على زوجته في الطاعة والأمانة الزوجية ، أو تعديل مال للزوجة من حقوق على زوجها من النفقة والرعاية . ولا يجوز للزوج المسلم أن ينزل عن حقه في الطلاق ، أما إذا تعهد الزوج بتعويض

زوجته إذا طلقها فليس في ذلك مخالفة للنظام العام ، لكن ينتفى الالتزام بهذا التعهد إذا كان الزوج لم يطلق زوجته إلا بناء على فعل أخته هي اضطره إلى ذلك ، ومن ثم يكيف التعهد بأنه التزام أصلى معلق على شرط واقف هو وقوع الطلاق بفعل الزوج . كذلك الحقوق والواجبات التى تنشأ من الأبوة تعتبر من النظام العام . فللاب حق تربية أولاده ، فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق يحدد طريقة تربية الأولاد أو يلزمه مقدماً باختيار دين معين لهم كأن تكون الأولاد على دين الأم مثلاً . والنفقات بمختلف أنواعها ، من نفقة الزوجة ونفقة الصغير والنفقة ما بين الأصول والفروع والنفقة ما بين ذوى الأرحام تعتبر كلها من النظام العام ، فلا يجوز نزول الشخص مقدماً عن حقه في مطالبة من يجب عليه النفقة له ، وإن كان يجوز النزول عن النفقة المتجمدة بعد تجمدها .

المعاملات المالية :

من روابط المعاملات المالية ما يحقق مصالحة عامة ، فيعتبر من النظام العام . من ذلك الأسس التى يقوم عليها النظام الاقتصادى فى البلاد ، فهى تارة تفسح المجال للنشاط الفردى ، وطوراً تحد من هذا النشاط لحماية الجانب الضعيف . ومن ذلك أيضاً الأحكام التى تكفل حماية حسن النية ، والحماية من الغش والخطأ .

فمن الأسس التى تفسح المجال للنشاط الفردى وتكفل تداول المال واستثماره على خير وجه أن حق الملكية لا يجوز أن يقيد المالك فى استعماله بغل يده عن التصرف فيه ، وشرط عدم التصرف باطل ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة . ولا يجوز أن يتقيد المالك بالبقاء فى الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات (م ٨٣٤ مدنى مصرى) لأن الشيوع بعيد عن أن يكون خير الوجوه لاستثمار الملكية . ومن الأسس التى تكفل حماية الجانب الضعيف ما قرره القانون فى

حدد عقود الأذعان من جواز تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك (م ١٤٩ مدنى مصرى) ، وما قرره من أبطال العقد أو أنقاص الالتزامات فى حالة الاستغلال (م ١٢٩ مدنى مصرى) ، وما قرره من أنقاص الالتزام المرهق فى حالة الحوادث الطارئة (م ١٤٧ مدنى مصرى) . وما قرره من جواز تخفيض الشرط الجزائى (م ٢٢٤ مدنى مصرى) ، وما قرره من عدم جواز الاتفاق على سعر للفائدة أعلى من السعر الذى يسمح به القانون (م ٢٢٧ مدنى مصرى) .

ومن الأحكام التى تحمى حسن النية وتحمى من الغش والخطأ القواعد التى رسمها القانون لشهر الحقوق العينية ، فىكون باطلا اتفاق البائع مع المشتري على أن تعتبر الحقوق العينية المترتبة على العين المبيعة سارية فى حق المشتري ولو لم تشهر هذه الحقوق على الوجه الذى يتطلبه القانون . كذلك لا يتقيد الدائن باتفاقه مع المدين على نزوله مقدما عن الطعن فى تصرفات مدينه بالصورية أو بالدعوى البولصية . ولا يجوز لشخص أن يشترط عدم ضمان تعرضه الشخصى أو عدم مسئوليته عن الغش الذى يصدر منه . ولا يجوز الإعفاء من المسئولية التقصيرية سواء كانت مبنية على غش أو على خطأ ، ولا الإعفاء من المسئولية العقدية إذا كانت مبنية على غش أو على خطأ جسيم .

المطلب الثانى

اتفاقات تخالف الآداب

المعرفات الجنسية :

كل اتفاق على إيجاد علاقات جنسية غير مشروعة باطل لمخالفته للآداب . فىكون باطلا التعهد الذى يلتزم بموجبه رجل أن يؤجر امرأة فى مقابل استمرار هذه العلاقة ، أو العودة إليها إذا كانت قد انقطعت .

أما إذا كان المال الذي يتعهد الرجل بدفعه إنما هو على سبيل التعويض لما أصاب المرأة من ضرر من جراء العلاقة الجنسية ، فالتعهد صحيح ، بل هو اعتراف بالتزام طبيعي .

بيوت العهارة:

كل اتفاق يتعلق باستغلال بيوت أعدت للعهارة يعتبر باطلا لمخالفته للآداب ، ولو كانت هذه البيوت قد حصلت على ترخيص إداري . فيبيع بيت أعد للعهارة ، وإيجاره ، وشراء مفروشات له ، واستئجار أشخاص ليقوموا على خدمته ، وإنشاء شركة لاستغلاله ، وإقراض مال للإعانة على إدارته . كل هذه عقود باطلة لمخالفتها للآداب .

وتسكون هذه العقود باطلة أيضا ، حتى لو وقعت على بيت لم يكن معداً للعهارة وقت صدور العقد ، إذا تبين أن الباعث لأحد المتعاقدين على التعاقد هو إعداد البيت للعهارة وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث ، ولكن بطلان العقد يكون في هذه الحالة لعدم مشروعية السبب .

المقامرة والرهان :

تنص المادة ٧٣٩ من التقنين المدني المصري على أنه ١ - يكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان ٢ - ولئن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد مادفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره ، ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك ، وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق ، وتنص المادة ٧٤٠ من التقنين ذاته على أنه ١ - يستثنى من أحكام المادة السابقة الرهان الذي يعقده فيما بينهم المتبارون شخصا في الألعاب الرياضية ، ولكن للقاضي أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغاه ٢ - ويستثنى أيضا ما رخص فيه قانونا من أوراق النصيب ، .

ويعد باطلا أيضا بيع بيت يدار للمقامرة وإيجاره وكل ما يقع عليه

من العقود بقصد استغلاله للمقامرة ، سواء في ذلك كان البيت معداً للمقامرة قبل صدور العقد ، ويكون المحل في هذه الحالة مخالفاً للآداب ، أو لم يكن معداً لها مادام الباعث على التعاقد هو إعداد البيت للمقامرة . ويكون المخالف للآداب في هذه الحالة هو السبب لا المحل كما رأينا في بيوت العبارة .

أمثلة أخرى لانتهكات مخالفة للآداب :

ويعد مخالفاً للآداب كسب المال من طريق غير شريف . فمن يتقاضى أجراً جزاء القيام بعمل كان يجب عليه القيام به دون أجر لا يستحق هذا الأجر ويكون عقده باطلاً ، كمن يتعهد برد وديعة عنده أو مال اقترضه أو شيء سرقه في مقابل أجر يأخذه . كذلك لا يجوز أن يتقاضى شخص أجراً للامتناع عن عمل يجب عليه الإمتناع عنه دون أجر ، كمن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة في مقابل أجر لذلك .

ولا تجوز الخديعة ولا الانحراف عن واجب الأمانة في التعامل . فإذا اتفق مدير مصنع مع أحد المهندسين الذين يعملون في مصنع منافس على أن يبوح له بالأسرار الفنية لهذا المصنع المنافس في مقابل أجر ، كان الاتفاق باطلاً لمخالفته للآداب . والاتفاق على الدعاية لسلعة عن طريق غش الجمهور وخديعته اتفاق يخالف الآداب ، فهو باطل . وكان القضاء الفرنسي يبطل الاتفاق الذي يتم ما بين مدير المسرح وجماعة من الناس يسمون « بالهتافة » (claque) ، يستأجرهم المدير للتصفيق وترويج ما يعرض على المسرح . لأن مثل هذا الاتفاق من شأنه أن يخدع الجمهور . ثم رجع القضاء عن ذلك ، وأصبح الآن يقضى بصحة هذا الاتفاق لأن الهتافة قد تؤدي خدمة للفن بتشجيعهم للممثلين والفنانين المبتدئين .

المبحث الثاني

صلاحية المحل للتعامل فيه في الفقه الإسلامي

عدم الصلابة يرجع إلى طبيعة الشيء، أو إلى الغرض الذي خصص له :
الفقه الإسلامي كالفقه الغربي في ذلك ، بل أن الفقه الإسلامي أوسع
بيانا وأكثر تفصيلا . فالشيء لا يصلح للتعامل فيه ، في الفقه الإسلامي ، إذا
تناهى هذا التعامل مع الغرض الذي خصص له الشيء .
وهذا يفسر عدم جواز بيع الموقوف وإن صح إيجاره ، وعدم جواز
بيع المسجد .

والشيء لا يصلح للتعامل فيه ، في الفقه الإسلامي ، إذا أبت طبيعة الشيء
هذا التعامل . وهنا نرى الفقه الإسلامي يسهب في البيان . فالبيع لا ينعقد
إلا إذا كان المبيع مالا متقوما مملوكا . فغير المال ، والمال غير المتقوم ، والمال
المتقوم غير المملوك ، كل ذلك تأبى طبيعته التعامل فيه ، وكل عقد يرد عليه
يكون باطلا :

١ - غير المال تأبى طبيعته التعامل فيه ، فيبطل فيه التعامل . وكذلك
المال غير المتقوم ، وهو ما كان مالا عند أهل الذمة كالخمر والخنزير ، لا يجوز
التعامل فيه . جاء في الزيلعي (جزء ٤ ص ٤٤ - ص ٤٥) : « بيع ما ليس
بمال عند أحد ، كالخمر والدم والميتة التي ماتت حتف أنفها والمدبر وأم الولد
والمكاتب ، باطل . وإن كان مالا عند البعض ، كالخمر والخنزير والميتة التي
لم تمت حتف أنفها مثل الموقوذة فإن هذه الأشياء مال عند أهل الذمة ، فإن
بيعت بدين في الذمة فهو باطل ، وإن بيعت بعين فهو فاسد في حق ما يقابلها
حتى يملك ويضمن بالقبض ، باطل في حق نفسها حتى لا تضمن ولا تملك

بالقبض . لأنها غير منقومة ، لما أن الشرع أمر بإهانتها ، وفي تملكها بالعقد مقصوداً إعزاز لها ، فكان باطلا . وذلك بأن يشتريها بدين في الذمة لأن الثمن من الدراهم والدنانير غير مقصودة وإنما هي وسائل ، والمقصود تحصيلها ، فكان باطلا إهانة لها . وإن لم تكن مقصودة بأن كانت ديناً في الذمة ، كان فاسداً . لأن المقصود تحصيل ما يقابلها وفيه إعزاز له لالها ، لأن الثمن تبع لما ذكرنا والأصل هو المبيع . وكذا إذا كانت معينة وبيعت بعين مقايضة ، صار فاسداً في حق ما يقابلها ، باطلاً في حقها . وجعل صاحب الهداية وغيره يبيع أم الولد والمدبر والمكاتب من الباطل ، لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد بقوله عليه السلام أعتقها ولدها . وسبب الحرية انعقد في حق المدبر المطلق في الحال لبطلان أهلية المولى بعد موته ، والمكاتب استحق يدأ على نفسه وخرج من يد المولى . ، وجاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٤٠ - ص ١٤٣) : « لا ينعقد بيع الحر لأنه ليس بمال . وكذا يبيع أم الولد لأنها حرة من وجه ، لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أعتقها ولدها ، وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في أم الولد لا تباع ولا توهب وهي حرة من الثلث ، نفي عليه الصلاة والسلام جواز بيعها مطلقاً وسماها حرة ، فلا تكون مالا على الإطلاق . ولا يبيع المدبر المطلق عندنا ، وقال الشافعي عليه الرحمة يبيع المدبر جائز . لأن التدبير تعليق العتق بالموت ، والمعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط ، فلم يكن العتق ثابتاً أصلاً قبل الموت ، فيجوز بيعه . ولنا... لأنه حر من وجه ، فلا يجوز بيعه كأم الولد ، والدليل على أنه حر من وجه الاستدلال بضرورة الإجماع وهو أنه يعتق بعد الموت بالإجماع ، والحرية لا بد لها من سبب ، وليس ذلك إلا الكلام السابق ، وليس هو بتحرير بعد الموت لأن التحرير فعل اختياري وأنه لا يتحقق من الميت ، فكان تحريراً من حين وجوده ، فكان ينبغي أن تثبت به الحرية من كل وجه للحال ، إلا أنها تأخرت من وجه إلى آخر جزء من أجزاء حياته بالإجماع ، ولا إجماع على التأخير من كل وجه ، فبقيت

الحرية من وجه ثابتة للحال ، فلا يكون مالا مطلقا ، فلا يجوز بيعه . . .
 ... وأما المدير المقيد ، فهنا لا يمكن أن يجعل الكلام السابق إيجاباً من حين
 وجوده ، لأنه علق عتقه بموت موصوف بصفة ، واحتمل أن يموت من
 ذلك المرض والسفر أولا ، فكان الخطر قائما ، فكان تعليقا ، فلم يكن
 إيجابا ما دام الخطر قائما ، ومتى اتصل به الموت يظهر إنه كان تحريراً من وجه
 من حين وجوده لكن لا يتعلق به حكم والله سبحانه وتعالى أعلم . ولا بيع
 المكاتب ، لأنه حريدا ، فلا تثبت يد تصرف الغير عليه . . . ولا ينعقد بيع
 الميتة والدم ، لأنه ليس بمسال . . . ولا بيع لحم السبع لأنه لا يباح
 الانتفاع به شرعاً ، فلم يكن مالا ، وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه
 يجوز بيعه إذا ذبح لأنه صار طاهراً بالذبح ، وأما جلد السبع والحمار والبغل ،
 فإن كان مدبوغاً أو مذبوخاً يجوز بيعه ، لأنه مباح الانتفاع به شرعاً . فكان
 مالا ، وإن لم يكن مدبوغاً ولا مذبوخاً لا ينعقد بيعه . لأنه إذا لم يدبغ ولم
 يذبح بقيت رطوبات الميتة فيه . فكان حكمه حكم الميتة . ولا ينعقد بيع جلد
 الخنزير كيف ما كان ، لأنه نجس العين بجميع أجزائه ، وقيل أن جلده لا يحتمل
 الدباغ . وأما عظم الميتة وعصبتها وشعرها وصوفها ووبرها وريشها وخفها
 وظلفها وحافرها فيجوز بيعها والانتفاع بها عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله
 لا يجوز بناء على أن هذه الأشياء ظاهرة عندنا وعنده نجسة . . .
 ... ويجوز بيع كل ذي مخلب من الطير معلماً كان أو غير معلم بلا خلاف .
 وأما بيع كل ذي ناب من السباع سوى الخنزير ، كالكلب والفهد والأسد
 والفمر والذئب والهر ونحوها ، فجائز عند أصحابنا . وعند الشافعي رحمه الله
 لا يجوز . . . ولا ينعقد بيع الخنزير من المسلم لأنه ليس بمال في حق المسلمين ،
 فأما أهل الذمة فلا يمنعون من بيع الخمر والخنزير . . . لأنهم لا يعتقدون
 حرمتها ويتمولونها ، ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون .

٢ — وقد يكون المال متقوماً ولكنه غير مملوك . كالسمك في البحر
 والطيور في الهواء ، وهذا هو المال المباح ، ولا يجوز في الفقه الإسلامي

التعامل فيه إلا بعد الاستيلاء عليه ، كما هو الأمر في الفقه الغربي على ما قدمنا .
 جاء في الزيلعي (جزء ٤ ص ٤٥ - ص ٤٦) : « لا يجوز بيع السمك قبل
 الاصطياد ، لما روى إنه عليه السلام نهى عن بيع الغرر ، رواه أحمد ومسلم
 وأبو داود وغيرهم . وعن أبي مسعود إنه عليه السلام قال : لا تشتروا السمك
 في الماء فإنه غرر ، رواه أحمد . ولأنه باع ما لم يملك ، فلا يجوز . ثم هو على
 وجهين ، فإما أن يبيعه قبل أن يأخذه أو بعده فإن باعه قبل الأخذ ، لا يجوز
 لما بينا . وإن أخذه ثم ألقاه في الحظيرة ، فإن كانت الحظيرة كبيرة بحيث
 لا يمكن أخذه إلا بحيلة لا يجوز ، لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه . وإن
 كانت صغيرة بحيث يمكن أخذه بغير حيلة جاز ، لأنه باع ملكه وهو
 مقدور التسليم ، ويثبت للمشتري خيار الرؤية عند التسليم له ، ولا يعتد
 برؤيته وهو في الماء ، لأن السمك يتفاوت في الماء وخارجه . وكذا لو دخل
 السمك الحظيرة باحتياله ، بأن سد عليه فوهة النهر أو سد موضع الدخول حتى
 لا يمكنه الخروج ، على هذا التفصيل ، لأنه لما احتبس فيه باحتياله صار
 أخذاً له وملكه ، بمنزلة ما لو ألقاه فيه . وقيل لا يجوز ، لأن هذا القدر ليس
 بإحراز له ، فصار كطير دخل البيت فأغلق عليه الباب . وهذا الخلاف فيما
 إذا لم يهيء الحظيرة للاصطياد ، فإن هيأها له ملكه بالإجماع ، فيكون على
 ما ذكرنا من التفصيل . فإن اجتمع السمك في الحظيرة بنفسه من غير صنعه
 ولم يسد عليه المدخل ، لا يجوز بيعه ، سواء أمكنه الأخذ بغير حيلة
 أو لا ، لأنه لم يملكه . قال والطير في الهواء ، لأنه غير مملوك له قبل الأخذ ،
 وبعده غير مقدور التسليم . وهذا إذا كان يطير ولا يرجع ، وإن كان له وكر
 عنده يطير منه في الهواء ثم يعود إليه ، جاز بيعه ، لأنه يمكن أخذه من غير
 حيلة . وعلى هذا لو باع صيداً قبل أخذه لا يجوز ، وبعده يجوز إن كان
 في يده أو محبوساً في مكان يمكنه أخذه من غير حيلة ، وإن لم يمكن أخذه
 إلا بحيلة لا يجوز لعدم القدرة على التسليم . ولو اجتمع في أرضه الصيد ، فباعه
 من غير أخذه ، لا يجوز لأنه لم يملكه . وهذا إذا لم يهيء أرضه لذلك ، فإن

هياها له بأن حفر فيها ثراً الاصطياد أو نصب شبكة فدخل فيه صيد أو تعقل به ، ملكه ، لأن التهيئة أحد أسباب الملك ، ألا ترى إنه لو حط طستا ليقع فيه المطر فوقع فيه ملكه بالوقوع فيه ، وكذا لو بسط ذيله عند النشار ليقع فيه الشيء المنشور ملكه بالوقوع فيه . وفي النهاية لو دخل الصيد داره . فأغلق عليه الباب ، كان الصيد له ، ولم يحك فيه خلافاً ، وعلى قياس ما ذكرناه في السكافي في الطير لا يكون له وقد ذكرناه من قبل ، ويجوز أن ويكون في المسألة روايتان ، وإلا فلا فرق بينهما (١) .

(١) ولا تختلف المذاهب الأخرى بكثير من المذهب الحق فيما قدمناه . وتورد هنا بعضاً من نصوص هذه المذاهب .

جاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٢٦٣ — ص ٢٦٤) . « الأعيان على قسمين . الأول مالا منفعة فيه أصلاً . فلا يصح العقده ولا عليه . . بل لا يصح ملكه . . ومثله البساطي بالحماس وبعض العصافير التي لو جمع منها مائة لم يحصل منها أوقية لحم . . . الثاني ماله منفعة . وهو على ثلاثة أقسام . الأول ما كان جميع منافعه محرمة ، وهو كالذي لا منفعة فيه لا يصح بيعه ولا تملكه إن كان مما نهى الشارع عنه ، كالخمر والميتة والدم ولحم الخنزير ، لأن المدوم شرعاً كالمدوم حساً . ومثله القراقي بالخمر والمطربات المحرمة إلا عند من أجاز تحليل الخمر فإنه سهل في إمساكها لبطلانها . . الثاني ما كان جميع منافعه محللة فيجوز بيعه إجماعاً كالثوب والعبد والمقار وشبه ذلك قاله المازري ، وبصح ملكه ألا أن يتطرق بتلك المنفعة حق الأدمى كالخمر فإنه أحق بنفسه . أو حق لله كالساجد والبيت الحرام ، فلا يصح ملك ذلك ولا بيعه ، وقد يمنع تطرق حق الأدمى البيع دون الملك كأم الولد والمتنق إلى أجل والوقف ونحو ذلك . الثالث ما فيه منافع محللة ومنافع محرمة ، قال المازري فهو المشكل على الأفهام ومزلة الأقدام ، وفيه ترى العلماء مضطربين ، وأنا أكشف عن سره ليهون عليك اختلافهم . فإن كان جل المنافع والمقصود منها محرماً والمحلل منها تبساً . فواضح إخافه بالقسم الأول . ويمكن تمثيل ذلك بالزيت النجس فإن جل منافعه كالأكل والأدهان وعمله صابوناً والابتعاد في كل موضع ممنوع منه على المشهور وإغنافيه ابتعاده في غير المساجد وانتفاع غير الأدمى منه وذلك في حكايته فامتنع بيعه . وفي أواخر كلام المازري تمثله لذلك بحجم الميتة قال فالمقصود الذي هو الأكل حرام . وإن كان فيه بعض المنافع محللة عند من يحذر استعمال ذلك في بعض المواضع . قال ويلحق بهذا المعنى ببيعات الفرر لأنه قد لا يحصل البيع فتصير المعاوضة على غير منتفع به ويلحق بالقسم الأول الذي لا منفعة فيه أصلاً لكن ذلك عدم المنفعة فيه تحقيقاً منه هذا تقديراً وتجويزاً والله أعلم . وإن كان جل المنافع والمقصود منها محللاً والمحرر تبساً ، فواضح إخافه بالثاني ، ويمكن تمثله بالزبيب ونحوه ما يمكن أن يعمل منه الخمر والله أعلم . وإن كانت منافعه المقصودة منها ما هو محلل ومنها ما هو محرم أو فيه منفعة محرمة مقصودة وسائر منافعه محللة ، قال المازري فهذا هو المشكل وينبغي أن يلحق بالمنوع =

عدم الصلحية بجمع إلى النظام العام والآداب :

يمكن أن نجد نظيراً ، في الفقه الاسلامي ، لفكرة النظام العام والآداب في الفقه الغربي ، فيما يدعى عادة « بحق الله » ، أو « بحق الشرع » . وحق الله أو

== لأنه كون هذه المنفعة المحرمة مقصودة يؤذن بأن لها حصة من الثمن وأن العقد اشتمل عليها كما اشتمل على ما سواها وهو عقد واحد لا سبيل إلى تبيضه . والتعاوض على المحرم ممنوع فتح الكل لاستعانة التمييز ، ولأن الباقي من المنافع يصير ثمنه مجهولاً لو قدر جواز انفراد انتهى .

وجاء في المذهب (جزء أول ص ٢٦١ — ص ٢٦٢) . الأعيان حيزان نجس و طاهر . فأما النجس فكل ضرين . نجس في نفسه ونجس بعلاقة نجاسة . فأما النجس في نفسه فلا يجوز بيعه وذلك مثل الكلب والخنزير والخمر والسرجين وما أشبه ذلك من النجاسات . . . وأما النجس بعلاقة النجاسة فهو الأعيان الطاهرة إذا أصابها نجاسة فينظر فيها ، فإن كان جامداً كالثوب وغيره جاز بيعه . لأن البيع يتناول الثوب وهو طاهر وإنما جاورته النجاسة . وإن كان مائماً نظراً ، فإن كان مما لا يطهر كاخل والحبس لم يجر بيعه لأنه نجس لا يمكن تطهيره من النجاسة فلم يجر بيعه كالأعيان النجسة . وإن كان ماء فقيه وجهان أحدهما لا يجوز بيعه لأنه نجس لا يطهر بالنسل فلم يجر بيعه كالخمر ، والثاني يجوز بيعه لأنه يطهر بالماء فاشبه بالثوب . . . وأما الأعيان الطاهرة فضربان . حيزب لا منفعة فيه وضرب فيه منفعة . فأما مالا منفعة فيه فهو كالحشرات والسباع التي لا تصالح للاصطياد والطيور التي لا تؤكل ولا تصطاد كالرمة والحدأة وما لا يؤكل من الغراب ، فلا يجوز بيعه ، لأن مالا منفعة فيه لا قيمة له . فاخذ الموض عنه من أكل المال بالباطل وبذل الموض منه من السفه . . . وأما ما فيه منفعة فلا يجوز بيعه الحر منه . . . ولا يجوز بيع أم الولد . . . ويجوز بيع المديرة . . . وفي المكاتب قولان . قال في التقديم يجوز بيعه لأن عتقه غير مستقر فلا يمن من اليه . وقال في الجديد لا يجوز لأنه كالمخرج من ملكه ولهذا لا يرجع أرش الجنابة عليه إليه فلم يملك بيعه كما لو باعه . ولا يجوز بيع الوقف . . . ويجوز بيع ما سوى ذلك من الأعيان المنتظمة بها من المأكول والمشروب والملبوس والشموم وما ينضم به من الحيوان بالركوب والأكل والهدر والنسل والصيد والصرف وما يقتنيه الناس من البيد والجوارى والأراضي والمقار . . . ويجوز بيع المصاحف وكتب الأدب ، لما روى من ابن عباس رضي الله عنه أنه سئل عن بيع المصاحف فقال لا بأس يأخذون أجور أيديهم ، ولأنه طاهر منتظم به فهو كسائر الأموال .

وجاء في المفتي (جزء ٤ ص ٣٠٢) « كل مملوك أبيع الانتفاع به يجوز بيعه ، إلا ما استثناءه الصرع من الكلب وأم الولد والوقف ، وفي المديرة والمكاتب والزيت النجس اختلاف . . . لأن الملك سبب لأطلاق التصرف والمنفعة المباحة يباح له استيفائها فجاز له أخذ عوضها ، وأبيع لغيره بذل ماله فيها توصل إليها ودفع الحاجة بها كسائر ما أبيع بيعه . وسواء في هذا ما كان =

حق الشرع في الفقه الاسلامي لا يقل في مداه عن دائرة النظام العام والآداب في الفقه الغربي ، بل لعله يزيد .

وقد رأينا ، عند ما مهدنا للكلام في العمل غير المشروع ، أن الحق نوعان : حق الله وحق العبد . فحق الله ما يتعلق به النفع من غير اختصاص

طائرا كالتياب والعقار وبهيمة الأنعام والحيل والطيور ، أو مختلفا في نجاسته كالبغل والحمار وسباع البهائم وجوارح الطير التي تصلح لصيد الفهد والصقر والبارى والفاحين والطير المقصود صوته كالحزار والبلبل والبيضاء وأشباه ذلك فكله يجوز بيعه .

وجاء فيه أيضاً (المغني ٤ ص ٢٧٢) . « إذا باع طائرا في الهواء لم يصح ، مملوكا أو غير مملوك . أما المملوك فثلاثة غير مقدور عليه ، وغير المملوك لا يجوز لملتين : أحدهما العجز عن تسليمه ، والثانية أنه غير مملوك له . والأصل في هذا نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الفرر ، وقيل في تفسيره هو بيع الطير في الهواء والسك في الماء ؛ ولا نطم في هذا خلافا ، ولا فرق بين كون الطائر يألف الرجوع أو لا يألفه ، لأنه لا يقدر على تسليمه الآن وإنما يقدر عليه إذا عاد ، فإن قيل فالثائب في مكان لا يقدر على تسليمه في الحال ، قلنا الثائب يقدر على استحضاره والطير لا يقدر صاحبه على رده إلا أن يرجعه هو بنفسه ولا يستقل ماله برده فيكون عاجزا عن تسليمه . . . ولا السك في الآجام . . . والمعنى لا يجوز بيعه في الماء إلا أن يجتمع ثلاثة شروط : أحدهما أن يكون مملوكا . والثاني أن يكون الماء رقيقا لا يمنع مشاهدته ومعرفة . الثالث أن يمكن اصطيداده وإسكاه . . . إذا أعد بركة أو مصفاة ليصطاد فيها السمك ، فحصل فيها سمك ، ملكه ، لأنه آلة معدة للاصطياد فأشبه الشبكة . ولو استأجر البركة أو الشبكة أو استعارهما للاصطياد جاز ، وما حصل فيهما ملكه . . . ولو أعد سفينة للاصطياد كالتى يحمل فيها الضوء ويضرب صواني الصفر ليثبت السمك فيها ، كان حصوله فيها كحصوله في شبكته لكونها صارت من الآلات المعدة له . . . ولو أعد أرضه للملح فجعلها ملاحا ليحصل فيها الماء فيصير ملحا كالأرض التى على ساحل البحر يحمل إليها طريقا للماء فإذا امتلأت قطعه عنها ، أو تكون أرضه سبخة يفتح إليها الماء من عين أو يجمع فيها ماء المطر فيصير ملحا ، ملكه بذلك لأنها معدة له فأشبهت البركة المعدة للصيد . . . ولو كانت آلة الصيد كالشبكة والشرك والمناجل غير منصوبة للصيد ولا قصد بها الاصطياد ، فتعلق بها صيد ، لم يملكه صاحبها بذلك لأنها غير معدة للصيد في هذه الحالة فأشبهت الأرض التى ليست معدة له . وما حصل من الصيد في كلب إنسان أو صقره أو فهد ، وكان استرسل بإرسال صاحبه فهو له ، لأنه أكد من الشبكة ، لأنه حيوان يحصل الصيد بقطعه وقصده وإرسال صاحبه . فهو كسهمه ، ولأن الله تعالى قال : فكلوا مما أمكن عليكم . وإن استرسل بنفسه ، فملكه حكم الصيد الحاصل في أرض إنسان في أنه لا يملكه وليس لغيره أخذه ، فإن أخذه غيره ملكه كالكلاب . وكذلك ما يحصل في بهيمة إنسان من الحشيش في المرعى . »

بأحد ، فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه . وحق العبد ما يتعلق به مصلحة خاصة . وحق الله لا يجوز فيه العفو أو الإبراء أو الصلح ، أما حق العبد فيجوز فيه كل ذلك . ونرى من هذا أن حق الله - أو حق الشرع - هو ، في لغة الفقه الغربي ، حق يتصل اتصالاً وثيقاً بالنظام العام والآداب ، ومن ثم لا يجوز الصلح عليه ولا الإبراء منه ولا الاتفاق على ما يخالفه .

وكثير من تطبيقات النظام العام والآداب التي استعرضناها في الفقه الغربي . وإن كانت تترجم عن حضارة العصر الحاضر لما قدمنا من أن كلا من النظام العام والآداب أمر نسبي تنعكس فيه حضارة البيئة والجيل ، يمكن الأخذ بها دون مشقة في الفقه الإسلامي . فلا يجوز مثلاً النزول عن الحرية الشخصية في الفقه الإسلامي ، وإذا بيع إنسان على أنه عبد وكان حراً ، فإن البيع باطل . وإذا كان الرق مباحاً في الفقه الإسلامي ، فهذه هي حضارة العصور السابقة لم ينبج منها عصر واحد ، بل إن أرسطو كان يعتبر الرق قانوناً طبيعياً ، والإسلام لم يبيح الرق ابتداءً وإنما اقتصر على إقراره بعد أن هذبه كثيراً . ولا تجوز الرشوة أو الوساطة في الوظائف العامة ، ويعد هذا عملاً غير مشروع في الفقه الإسلامي ، فالاتفاق عليه باطل . ولا يجوز النزول عن العقوبات العامة ولا الصلح عليها ولا الإبراء منها كما قدمنا . ولا يجوز تعديل الحالة المدنية باتفاق خاص ، فلا يصح النزول عن البنوة ولا الصلح على النسب ، بل إن النبي غير جائز في الفقه الإسلامي ، ولا يستطيع شخص أن ينزل عن أهليته أو يزيد فيها أو ينقص منها باتفاق خاص ، ولا يجوز الاتفاق ما بين الزوجين على تعديل مال الزوج من حقوق على زوجته أو تعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها . ولا يجوز للزوج أن ينزل عن حقه في الطلاق ، ولا للزوجة أن تنزل عن حقها في طلب التطلق . وللأب حق ربية أولاده ، فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق يحدد طريقة تربية الأولاد أو يلزمه مقدماً باختيار دين معين لهم .

ولا يجوز نزول الشخص مقدماً عن حقه في مطالبة من تجب عليه النفقة

له. وإن كان يجوز النزول عن النفقة المتجمدة بعد تجمدها. ولا يجوز نزول الوارث عن حقه في الميراث قبل موت المورث، كما لا تجوز الوصية إلا في حدود الثلث، وقد أصبحت الآن جائزة في هذه الحدود للوارث في مصر والعراق. ولا يجوز كسب المال من طريق غير شريف، ومن يتقاضى أجراً. جزاء القيام بعمل كان يجب عليه القيام به دون أجر لا يستحق هذا الأجر. ولا يجوز الاتفاق على إيجاد علاقات جنسية غير مشروعة، ولا استغلال دور أعدت للعبارة أو المقامرة، وكل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان فهو باطل لأنه غرر.

بل أن فكرة الغرر قد وسعت كثيراً من دائرة النظام العام والآداب في الفقه الإسلامي، فهي أبعد مدى منها في الفقه الغربي، وقد رأينا في الفقه الإسلامي تطبيقاتها الكثيرة في المحل المعلوم والمحل غير المعين، وسنرى لها تطبيقات أخرى في الشروط الفاسدة. يضاف إلى فكرة الغرر فكرتان أخريان وسعتا كثيراً في الفقه الإسلامي من دائرة النظام العام والآداب عما هي عليه في الفقه الغربي: (١) فكرة الشروط الفاسدة وهي مسألة تتصل بالصناعة الفقهية (٢) وفكرة الربا وهي مسألة تتصل بالنظم الاقتصادية والاجتماعية. ونستعرض الآن كلا من هاتين المسألتين، وهما خاصتان بالفقه الإسلامي كما قدمنا.

المطلب الأول

الشروط المقرنة بالعقد

التمييز بين حالات مختلفة :

يجب التمييز هنا بين حالات مختلفة يختلط بعضها ببعض في نصوص الفقه الإسلامي ، لنستبعد الحالات التي تخرج عن نطاق موضوعنا ، ولانستبقى إلا الحالة التي تعيننا وهي حالة الشروط المقرنة بالعقد . ونبدأ بنص من الفقه الإسلامي اجتمعت فيه كل هذه الحالات .

جاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٦٨ - ص ١٧٤) : « ومنها الخلو عن الشروط الفاسدة ، وهي أنواع . منها شرط في وجوده غرر ، نحو ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل ، لأن المشروط يحتمل الوجود والعدم . . . ولو اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها فالبيع فاسد . . . ومنها شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشتري أو للبيع إن كان من بني آدم كالرقيق ، وليس بملائم للعقد . ولا بما جرى به التعامل بين الناس . فالبيع في هذا كله فاسد ولو اشترى جارية على أنها بكر أو طباحة أو خبازة . فالبيع جائز لأن المشروط صفة للبيع . . . ويجوز البيع بشرط البراءة عن العيب عندنا . ومنها شرط الأجل في المبيع العين والتمن العين . ومنها شرط خيار مؤقت بوقت مجهول جهالة متفاحشة . ومنها شرط خيار غير مؤقت أصلا . ومنها شرط خيار مؤقت بالزات . على ثلاثة أيام . ولو اشترى شيئا على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما ، فالقياس ألا يجوز هذا البيع وهو قول زفر رحمه الله ، وفي الاستحسان جائز . . »

ونرى من هذا النص أن هناك حالات كثيرة للشرط في الفقه الإسلامي

يختلط بعضها ببعض ، ويجب التمييز فيما بينها :

١ - فهناك شرط الأجل . ويقول في شأنه صاحب البدائع : « ومنها شرط الأجل في المبيع العين والثمن العين ، وهو أن يضرب لتسليمها أجل ، لأن القياس يأبى جواز التأجيل أصلاً ، لأنه تغيير مقتضى العقد ، لأنه عقد معاوضة تمليك بتمليك وتسليم بتسليم ، والتأجيل ينفي وجوب التسليم للحال ، فكان مغيراً مقتضى العقد . ومنها شرط خيار مؤقت بوقت مجهول جهالة فاحشة كهبوب الريح ومجيء المطر وقدم فلان وموت فلان ونحو ذلك ، أو مقاربة كالحصاد والدياس وقدم الحاج ونحوها ، والأجل غير الشرط ، فالأجل أمر يحقق الحصول ، ولولم يعرف ميعاد حصوله كهبوب الريح وموت فلان وقدم الحاج . أما الشرط فأمر غير يحقق الحصول إذا كان شرط تعليق ، أو هو أمر يقترب بالعقد إذا كان الشرط اقتران . ومن ثم نستبعد الأجل من دائرة هذا البحث .

٢ - وهناك شرط التعليق . وهو أمر غير يحقق الحصول ، كما قدمنا ، يتوقف على حصوله وجود الالتزام أو زواله . مثل ذلك خيار الشرط الوارد في النص ، فهو شرط تعليق إرادي ، ولا تتغير طبيعته إذا أقت بثلاثة أيام أو بأكثر أو بوقت غير معين أو لم يؤقت أصلاً ، وإن اختلف حكمه تبعاً لكل حالة . ومثل ذلك أيضاً خيار النقد الوارد في النص ، فهذا هو أيضاً شرط تعليق ، وهو جائز استحساناً . وشرط التعليق هو غير شرط الاقتران فنستبعده أيضاً من دائرة البحث .

٣ - وهناك شرط الإسقاط . وذلك كشرط البراءة عن العيب . ويفارق شرط الاقتران في أنه إسقاط من مقتضى العقد ، بينما شرط الاقتران زيادة فيه . ومن ثم نستبعد شرط الإسقاط أيضاً من دائرة البحث .

٤ - وهناك شرط هو في حقيقة صفة للمعقود عليه . ويقول في شأنه صاحب البدائع : « ولو اشترى جارية على أنها بكر أو طباحة أو خبازة ، أو غلاماً على أنه كاتب أو خياط ، أو باع عبداً بألف درهم على أنها صحاح

أو على أنها جياذ نقد بيت المال ، أو اشترى على أنها مؤجلة ، فالبيع جائز ، لأن المشروط صفة للبيع أو الثمن صفة محضة ، لا يتصور انقلابها أصلاً ولا يكون لها حصة من الثمن بحال ، ولو كان موجوداً عند العقد يدخل فيه من غير تسمية ، وأنها صفة غير مرغوب فيها لأعلى وجه التلهي .، والفرق واضح بين الشرط الذي هو في حقيقته صفة للمعقود عليه وبين الشرط المقترن بالعقد . فصفة المعقود عليه لا يتصور انقلابها أصلاً ، وليست له حصة من الثمن ولو كان المشروط موجوداً وقت العقد لدخل في المبيع من غير تسمية ، ثم أن الصفة المحضة ليست عينا . وخلاف ذلك الشرط المقترن بالعقد ، فإنه يتصور انقلابه أصلاً ، وهو شيء مستقل عن العين المباعة . هذا إلى أن الصفة تقرير أمر حال ، والشرط إنشاء أمر مستقبل (الرملي ٣ ص ٤٤٣) . من أجل ذلك نستبعد من دائرة البحث أيضاً الشرط الذي هو في حقيقته صفة للمعقود عليه .

هـ - وهناك شرط في وجوده غرر . وهذا شرط مقترن بالعقد ، ولكننا نستبعده هو أيضاً من دائرة البحث ، لأن السبب في إفساده للعقد إذا اقترن به هو الغرر ، وقد عرفنا أن الغرر يفسد العقد فليس في حكم هذا الشرط شيء جديد .

ويقول صاحب البدائع في صدد هذا الشرط : « منها شرط في وجوده غرر ، نحو ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل ، لأن المشروط يحتمل الوجود والعدم ، ولا يمكن الوقوف عليه للحال ، لأن عظم البطن والتحرك يحتمل أن يكون لعارض داء أو غيره ، فكان في وجوده غرر ، فيوجب فساد البيع ، لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وغرر ، والمنهى عنه فاسد ،

ونرى من ذلك أن شرط الغرر هو الشرط الذي لا يمكن الوقوف عليه والتحقق من وجوده وقت العقد ، ولو أمكن التحقق بعد ذلك . وهناك

فرق بين شرط الحمل والشرط الذي هو في حقيقته صفة في المعقود عليه وقد تقدم ذكره . فلو اشترى جارية على أنها طباحة أو خبازة ، فالشرط هنا صفة في الجارية لا ينفصل عنها ولا يتصور انقلابه أصلاً . أما إذا اشترى الجارية على أنها حامل ، فإن الحمل عين لصفة ، ينفصل عن الجارية ، ويتصور انقلابه أصلاً . قال صاحب البدائع في هذا الصدد : « ولو اشترى جارية على أنها بكر أو طباحة أو خبازة . . فالبيع جائز لأن الشروط صفة للمبيع . . لا يتصور انقلابها أصلاً . . بخلاف ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل أن البيع يفسد في ظاهر الرواية ، لأن الشرط هناك عين وهو الحمل فلا يصلح شرطاً ، وكون الناقة حاملاً وإن كان صفة لها لكن لا تحقق له إلا بالحمل وهو عين في وجوده غرر ومع ذلك مجهول ، فأوجب ذلك فساد البيع . »

على أن الغرر قد يتحقق أيضاً من اشتراط صفة لا يتصور انقلابها أصلاً إذا كان لا يمكن التحقق من وجودها وقت العقد ، كما لو اشترى قرية على أنها تصوت أو طيراً على أنه يجيء من مكان بعيد أو كبشاً على أنه نطاح أو ديكاً على أنه مقاتل ، فهذه الشروط هي أولاً صفات في المبيع لأنه لا يتصور انقلابها أصلاً ، ثم هي أيضاً صفات فيها غرر لأنه لا يمكن التحقق من وجودها وقت العقد ، ثم هي أخيراً شروط محرمة كما سنرى لأنها صفات يتلها بها عادة .

٦ - وهناك شرط محرم . وهذا شرط هو أيضاً مقترن بالعقد كالشرط الذي في وجوه غرر ، ولكتنا نستبعده معه من دائرة البحث لاتصاله اتصالاً وثيقاً لا بنظرية المحل بل بنظرية السبب التي سنبحثها فيما بعد . ويجمع صاحب البدائع بين الشرط المحرم والشرط الذي في وجوده غرر تحت إسم الشرط المحظور ، ويقول في هذا الصدد : « ولو اشترى قرية على أنها تصوت أو طيراً على أنه يجيء من مكان بعيد ، أو كبشاً على أنه نطاح ، أو ديكاً على

أنه مقاتل ، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله وهو إحدى الروايتين عن محمد رحمه الله ، لأنه شرط فيه غرر والوقوف عليه غير ممكن لأنه لا يحتمل الجبر عليه ، فصار كشرط الحبل ، ولأن هذه صفات يتلها بها عادة والتلها محذور . فكان هذا شرطاً محظوراً فيوجب فساد البيع . . ولو اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها ، فالبيع فاسد ، لأن التغنية صفة محظورة لكونها لهواً ، فشرطها في البيع يوجب فساده . . ولو اشترى كلباً أو فهداً على أنه معلم ، قال أبو يوسف يجوز البيع وهو إحدى الروايتين عن محمد ، لأن هذا شرط يمكن الوقوف عليه بأن يأخذ المصيد فيمسكه على صاحبه ، وهذا ليس بشرط محذور لأن تعليم الكلب والاصطياد به مباح ، فأشبه شرط الكتابة في العبد والطبخ في الجارية . وروى عن محمد أن البيع فاسد لأنه شرط فيه غرر ، إذ لا يمكن الوقوف عليه إلا بالاصطياد والجبر عليه غير ممكن . ولو اشترى بردونا على أنه هملاج ، فالبيع جائز ، لأنه شرط يمكن الوقوف عليه بالتسيير ، فلم يكن في وجوده غرر ولا حظر أيضاً . وإن شئت أفردت لجنس هذه المسائل شرطاً على حدة ، وخرجتها عليه فقلت ومنها أن يكون الشرط محظوراً فافهم . .

ويبدو أن الفرق ما بين الشرط الذي هو في حقيقته صفة للبعقود عليه والشرط الذي في وجوده غرر والشرط المحرم هو ما يأتي: (١) الصفة ليست أصلاً ، ويمكن التحقق وقت العقد من وجودها . (٢) أما الشرط الذي في وجوده غرر فهو ، سواء كان صفة أو أصلاً ، لا يمكن التحقق وقت العقد من وجوده . (٣) أما الشرط المحرم فيمكن التحقق وقت العقد من وجوده . أصلاً كان أو صفة ، ولكن يقوم به معنى يجعله حراماً .

٧ - وهناك أخيراً شرط يقترن بالعقد ، وهو شرط يضيف لمقتضى العقد ما هو أصل ، وليس في وجوده غرر ، ولا هو محرم ، أي ليس بالشرط

المحظور . وهذا هو الشرط الذي يعيننا هنا فنستبقيه للبحث بعد أن استبعدنا ما عداه من الشروط .

ويعرض صاحب البدائع للشرط الذي يقترن بالعقد ، ويورد المواطن التي يكون فيها هذا الشرط فاسدا ، فيقول : « ومنها شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشتري أو للبيع إن كان من بني آدم كالرقيق ، وليس بملائم للعقد ، ولا مما جرى به التعامل بين الناس ، نحو ما إذا باع داراً على أن يسكنها البائع شهراً ثم يسلمها إليه ، أو أرضاً على أن يزرعها سنة ، أو دابة على أن يركبها شهراً ، أو ثوباً على أن يلبسه أسبوعاً ، أو على أن يقرضه المشتري قرضاً ، أو على أن يهب له هبة ، أو يزوج ابنته منه ، أو يبيع منه كذا . ونحو ذلك أو اشترى ثوباً على أن يخطه البائع قميصاً ، أو حنطة على أن يطحنها ، أو ثمرة على أن يجذها ، أو ربطة قائمة على الأرض على أن يجذها ، أو شيئاً له حمل ومؤونة على أن يحمله البائع إلى منزله ونحو ذلك . فالبيع في هذا كله فاسد ، لأنه زيادة منفعة مشروطة في البيع تكون ربا لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع وهو تفسير الربا . والبيع الذي فيه الربا فاسد ، أو فيه شبهة الربا وإنها مفسدة للبيع كحقيقة الربا على ما تقرره إن شاء الله تعالى . »

ونرى من هذا النص أن الشرط الذي يقترن بالعقد قد يكون صحيحاً وقد يكون فاسداً ، فنستعرض في قسم أول من هذا البحث الشرط الصحيح ، ثم نستعرض في القسم الثاني الشرط الفاسد .

§ ١ - الشرط الصحيح

منى يكونه الشرط صحيحاً :

يتبين مما قدمناه أن الشرط المقترن بالعقد يكون صحيحاً ، فيصح معه العقد ، إذا كان :

(أ) شرطاً يقتضيه العقد .

(ب) أو شرطاً يلائم العقد .

(ج) أو شرطاً جرى به التعامل بين الناس .

(أ) الشرط الذى يقتضيه العقد

النصوص :

جاء فى المبسوط (جزء ١٣ ص ١٤) : « ثم الشرط فى البيع على أوجه :
أما أن يشترط شرطاً يقتضيه العقد ، كشرط الملك للشترى فى البيع أو شرط
تسليم الثمن أو تسليم المبيع ، فالبيع جائز ، لأن هذا بمطلق العقد يثبت ،
فالشرط لا يزيده إلا وكادة . »

وجاء فى البدائع (جزء ٥ ص ١٧١) : « وأما الشرط الذى يقتضيه العقد
فلا يوجب فساداً ، كما إذا اشترى بشرط أن يملك المبيع ، أو باع بشرط
أن يملك الثمن ، أو باع بشرط أن يحبس المبيع ، أو اشترى على أن يسلم
المبيع ، أو اشترى بارية على أن تخدمه ، أو دابة على أن يركبها ، أو ثوباً
على أن يلبسه ، أو حنطة فى سنبها وشرط الحصاد على البائع ، ونحو ذلك ،
فالبيع جائز ، لأن البيع يقتضى هذه المذكورات من غير شرط ، فكان
ذكرها فى معرض الشرط تقريراً لمقتضى العقد ، فلا توجب فساد العقد . »

وجاء فى فتح القدير (جزء ٥ ص ٢١٥) . « ثم جملة الأمر فيه ، أى
فى الشرط ، أنه أما أن يقتضيه العقد ، كشرط أن يحبس المبيع إلى قبض الثمن
ونحوه ، فيجوز لأنه مؤكد لموجب العقد . »

وجاء فى الخرشي (جزء ٥ ص ٨٠) : « وبقى شرط يقتضيه العقد ، وهو
واضح الصحة ، كشرط تسليم المبيع والقيام بالعيب ورد العوض عند انتقاض
البيع . وهو لازم دون شرط ، فشرطه تأكيد . »

وجاء في المذهب (جزء أول ص ٢٦٨) : « إذا شرط في البيع شرطا نظرت ، فإن كان شرطا يقتضيه البيع . كالتسليم والرد بالعيب وما أشبههما ، لم يبطل العقد ، لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد ، فلم يبطله ، .

وجاء في الشرح الكبير للمقنع (جزء ٤ ص ٤٨) : « باب الشروط في البيع ، وهي ضربان : صحيح وهو ثلاثة أنواع (أحدها) شروط من مقتضى البيع ، كالتقايض وطول الثمن ونحوه ، فهذا لا يؤثر فيه ، لأنه بيان وتأكيده لمقتضى العقد ، فوجوده كعدمه ، .

وجاء في المغنى (جزء ٤ ص ٢٨٥) : « والشروط تنقسم إلى أربعة أقسام (أحدها) ما هو من مقتضى العقد ، كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتقايض في الحال ، فهذا وجوده كعدمه ، لا يفيد حكما ولا يؤثر في العقد ، .

صفة الشرط الذي يقتضيه العقد أمر بديهي :

ويتبين من النصوص المتقدمة الذكر أن الشرط الذي يقتضيه العقد لا خلاف في صحته . بل أن صحته أمر بديهي ، إذ هو محض تقرير لمقتضى العقد ، ومقتضى العقد لازم دون شرط ، فشرطه تأكيد وبيان .

فمن اشترى بشرط أن يملك المبيع ، أو أن يتسلمه ، أو أن يتقايض في الحال مع المتعاقد معه ، أو أن يكون له خيار المجلس عند من يقول به ، أو أن يرد بالعيب ، أو أن يرد العوض عند انتفاض البيع ، ومن اشترى جارية على أن تخدمه ، أو دابة على أن يركبها ، أو ثوبا على أن يلبسه . أو حنطة في سنبلها وشرط الحصاد على البائع ، فكل من البيع والشرط صحيح لأن الشرط يقتضيه العقد .

ومن باع بشرط أن يحبس المبيع حتى يقبض الثمن ، أو أن يملك الثمن ، أو أن يقبض الثمن فورا ، أو أن يكون له خيار المجلس ، أو أن يرد العوض عند انتفاض البيع ، فكل هذا شرط صحيح لأن العقد يقتضيه ، وكذلك البيع

صحيح ، بل أن الشرط كان لازما معمولا به دون ذكر له ، فذكره إنما هو بيان لحكم العقد وتأكيده .

(ب) الشرط الذى يلائم العقد

النصوص :

جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ١٧١) : « وكذلك الشرط الذى لا يقتضيه العقد ، لكنه ملائم للعقد ، لا يوجب فساد العقد أيضا ، لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكدا إياه على ما نذكر إن شاء الله تعالى ، فيلحق بالشرط الذى هو من مقتضيات العقد . وذلك نحو ما إذا باع على أن يعطيه المشتري بالثمن رهنا أو كفيلًا ، والرهن معلوم ، والكفيل حاضر فقبل . وجملة الكلام فى البيع بشرط إعطاء الرهن أن الرهن لا يخلو أما أن يكون معلوما أو مجهولا . فإن كان معلوما فالبيع جائز استحسانا ، والقياس ألا يجوز لأن الشرط الذى يخالف مقتضى العقد مفسد فى الأصل ، وشرط الرهن والكفالة مما يخالف مقتضى العقد فكان مفسدا ، إلا أنا استحسنا الجواز لأن هذا الشرط لو كان مخالفا لمقتضى العقد صورة فهو موافق له معنى ، لأن الرهن بالثمن شرع توثيقا للثمن وكذا الكفالة فإن حق البائع يتأكد بالرهن والكفالة ، فكان كل واحد منهما مقررًا لمقتضى العقد معنى ، فاشبه اشتراط صفة الجودة للثمن وأنه لا يوجب فساد العقد ، فكذا هذا . ولو قبل المشتري المبيع على هذا الشرط ثم امتنع من تسليم الرهن ، لا يجبر على التسليم عند أصحابنا الثلاثة ، وعند زفر يجبر عليه . وجه قوله أن الرهن إذا شرط فى البيع فقد صار حقا من حقوقه ، والجبر على التسليم من حقوق البيع فيجبر عليه . ولنا أن الرهن عقد تبرع فى الأصل ، واشتراطه فى البيع لا يخرج عنه أن يكون تبرعا ، والجبر على التبرع ليس بمشروع ، فلا يجبر عليه ، ولكن يقال له أما أن تدفع الرهن أو قيمته أو تؤدى الثمن أو يفسخ البائع البيع ،

لأن البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه إلا بوثيقة الرهن أو بقيمته لأن قيمته تقوم مقامه ولأن الدين يستوفى من مالية الرهن وهي قيمته ، وإذا أدى الثمن فقد حصل المقصود فلا معنى للفسخ ، ولو امتنع المشتري من هذه الوجوه فللبائع أن يفسخ البيع لفوات الشرط والغرض . وإن كان الرهن مجهولا فالبيع فاسد ، لأن جواز هذا الشرط ، مع أن القياس يأباه ، لكونه ملائما للعقد . مقررًا لمقتضاه معنى ، لحصول معنى التوثيق والتأكد للثمن ، ولا يحصل ذلك إلا بالتسليم وأنه لا يتحقق في المجهول . ولو اتفقا على تعيين رهن في المجلس جاز البيع ، لأن المانع هو جهالة الرهن وقد زال ، فكأنه كان معلوما معينا من الابتداء لأن المجلس له حكم حالة واحدة ، وأن افتراقا عن المجلس تقرر الفساد . وكذا إذا لم يتفقا على تعيين الرهن ولكن المشتري نقد الثمن ، جاز البيع أيضا ، لأن المقصود من الرهن هو الوصول إلى الثمن وقد حصل فيسقط اعتبار الوثيقة . وكذلك البيع بشرط إعطاء الكفيل . أن الكفيل إن كان حاضرا في المجلس وقبل جاز البيع استحسانا ، وإن كان غائبا فالبيع فاسد ، وكذا إذا كان حاضرا ولم يقبل ، لأن الجواز على مخالفة القياس ثبت لمعنى التوثيق وتوكيد الثمن لما فيه من تقرير موجب العقد على ما بينا ، فإذا كان الكفيل غائبا أو حاضرا ولم يقبل ، لم تصح الكفالة ، فلم يحصل معنى التوثيق ، فبقى الحكم على ما يقتضيه القياس . وكذا إذا كان الكفيل مجهولا فالبيع فاسد ، لأن كفالة المجهول لا تصح . ولو كان الكفيل معينا وهو غائب ، ثم حضر وقبل الكفالة في المجلس ، جاز البيع ، لأنه جازت الكفالة بالقبول في المجلس ، وإذا حضر بعد الافتراق تأكد الفساد . ولو شرط المشتري على البائع أن يحيله بالثمن على غريم من غرمائه ، أو على أن يضمن الثمن لغريم من غرماء البائع ، فالبيع فاسد ، لأن شرط الحوالة والضمان شرط لا يقتضيه العقد والشرط الذي لا يقتضيه العقد مفسد في الأصل إلا إذا كان فيه تقرير موجب العقد وتأكيده ، والحوالة أبراء عن الثمن وأسقاط له فلم يكن ملائما للعقد ، بخلاف الكفالة والرهن .

وجاء في فتح القدير (جزء ص ٢١٥) : « وكذا إذا لم يكن كذلك ، ولكن يتضمن التوثق بالثمن ، كالبيع بشرط كفيل بالثمن حاضر وقبل الكفالة ، أو بأن يرهنه به رهنا معلوماً بالإشارة أو التسمية ، فهو جائز أيضاً على الصحيح خلافاً لـ زفر ، فإن حاصله التوثق للثمن فيكون كاشتراط الجودة فيه ، فهو مقرر لمقتضى العقد . ولو لم يكن الكفيل حاضراً ، فحضر وقبل قبل أن يتفرقا ، جاز . فلو بعده أو كان حاضراً فلم يقبل ، لم يجز . ولو لم يكن الرهن مسمى ولا مشاراً إليه لا يجوز بالاتفاق ، لأن وجوب الثمن في ذمة الكفيل يضاف إلى البيع فيصير الكفيل كالمشتري فلا بد من حضوره العقد . بخلاف الرهن لا يشترط حضرته ، لكن ما لم يسلم للبائع لا يثبت فيه حكم الرهن وإن انعقد عقد الرهن بذلك الكلام ، فإن سلم مضمي العقد على ما عقداً ، وأن امتنع عن تسليمه لا يجبر عندنا بل يؤمر بدفع الثمن ، فإن كان لم يدفع الرهن ولا الثمن خير البائع في الفسخ . وشرط الحوالة كالكفالة . »

وجاء في المبسوط (جزء ١٣ ص ١٩) : « وشرط الحوالة في هذا كشرط الكفالة ، لأنه لا ينافي وجود أصل الثمن في ذمة المشتري ، فإن الحوالة تحويل ولا يكون ذلك إلا بعد وجود الثمن في ذمة المشتري ، بخلاف ما لو شرط وجوب الثمن ابتداءً على غير المشتري بالعقد فإن ذلك ينافي موجب العقد فكان مفسداً للعقد . »

وجاء في الخرشي (جزء ٥ ص ٨٢) : « ولما أنهى الكلام على الشرط المناقض وترك المؤلف ذكر ما يقتضيه العقد لوضوحه ، أخذ يذكر ما لا يقتضيه ولا ينافيه وهو من مصلحته ، بقوله مشبهاً له بالحكم قبله ، وهو الصحة ، كشرط رهن وحمل وأجل ، يعني أن البيع يصح مع اشتراط هذه الأمور ، مثل أن يبيعه السلعة على رهن أو كفيل أو إلى أجل معلوم أو على خيار أو نحوه (١) وليس في ذلك فساد ولا كراهية ، لأن ذلك كله مما يعود على البيع بمصلحته ،

(١) قدمنا أن الأجل والخيار يتميزان عن الشرط المقترن بالعقد ، ولكل من هذه الأنواع الثلاثة أحكامه الخاصة به .

ولا معارض له من جهة الشرع . . يصح اشتراط رهن وحميل غائبين . فأما شرط الرهن الغائب ، ففيها أنه جائز كما لو بيعتها برهن ، وتوقف السلعة الحاضرة حتى يقبض الرهن الغائب . وأما على شرط حميل غائب ، ففيها أنه جائز إن كان قريب الغيبة ولم ينقد من ثمن السلعة شيئاً ، ابن يونس ، وفرق بين بعد الغيبة في الرهن والحميل ، انتهى . والفرق هو أن الحميل قد يرضى بالحالة وقد لا يرضى ، فلذلك اشترط فيه القرب . .

وجاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٢٧٥ - ص ٣٧٦) : قال في البيوع الفاسدة : منها وأن بعته على حميل لم تسمياه ورهن لم تصفاه جاز ، وعليه الثقة ورهن وحميل . وأن سميتا الرهن أجبر على أن يدفعه إليه إن امتنع ، وليس هذا من الرهن الذي لم يقبض . وكذلك أن تكفلت به على أن يعطيك عبده رهناً ، فإن امتنع من دفعه إليك أجبراه . قال اللخمي في كتاب الرهن البيع على رهن غير معين جائز ، وعلى الغريم أن يعطيك الصنف المعتاد . والعادة في الخواص أن ترهن ما يغاب عليه كالثياب والحلي وما لا يغاب عليه كاللؤلؤ وما أشبهها ، وليس العادة العبيد والدواب وليس على المرتهن قبول ذلك وإن كان مصداقاً في تلفه لأن في حفظه مشقة وكلفة . وقال ابن الحاجب في باب الرهن : ويجبر البائع وشبهه في غير معين في التوضيح ، يعني من باع سلعة بضمن مؤجل على شرط أن يأخذ منه رهناً به ، فإن كان الرهن المشروط غير معين ، وأبى المشتري دفعه ، خير البائع وشبهه من وارث وموهوب له في فسخ البيع وإمضائه . وهكذا قال ابن الجلاب مقتصرًا عليه . والذي نقله ابن المواز عن أشهب ونقله اللخمي وابن راشد أنه يجبر على دفع رهن يكون فيه الثقة باعتبار ذلك الدين : ابن عبد السلام وهو المذهب . .

وجاء في المذهب (جزء أول ص ٢٦٨) : فإن شرط ما لا يقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة كالخيار والأجل والرهن والضمين ، لم يبطل العقد . لأن الشرع ورد بذلك على ما نيينه في مواضعه إن شاء الله وبه الثقة ، ولأن الحاجة تدعو إليه فلم يفسد العقد . .

وجاء في شرح المنهاج للرملي (جزء ٣ ص ٤٣٦ - ص ٤٣٨) :
والرهن للحاجة إليه ، لا سيما في معاملة من لا يعرف حاله . وشرطه العلم
به ، إما بالمشاهدة أو الوصف بصفات السلم . ثم الكلام هنا في وصف لم
يرد على عين معينة . فهو مساو لما مر من أن الوصف لا يجزى عن الرؤية
لأنه في معين لا موصوف في الذمة خلافا لمن وهم فيه ، وأن يكون غير البيع
فلو شرط برهنه إياه ولو بعد قبضه فسد ، لأنه لا يملكه إلا بعد البيع ، فهو
بمنزلة استثناء منفعة في البيع ، فلو رهنه بعد قبضه بلا شرط مفسد صح .
والكفيل للحاجة إليه أيضاً ، وشرطه العلم به بالمشاهدة . . أو باسمه ونسبه
ولا يكفي وصفه بموسر ثقة ، إذا أحرار لا يمكن إلزامهم في الذمة لا تنفاه
القدرة عليهم ، بخلاف المرهون فإنه يثبت في الذمة . فإن لم يرهن المشتري
ما شرط عليه رهنه وأن أتى برهن غير المعين ولو أعلى قيمة منه ، أو لم يتكفل
المعين بأن امتنع أو مات قبله وأن أقام المشتري ضامناً غيره ثقة ، فللبائع
الخيار . ولا يجبر من شرط عليه ذلك على القيام بالمشروط لزوال الضرر
بالفسخ . ويتخير أيضاً فيما إذا لم يقبضه الرهن لهلاكه أو غيره . .

وجاء في الشرح الكبير للقمي (جزء ٤ ص ٤٨) . : الثاني شرط من
مصلحة العقد . كاشتراط صفة في الثمن كتأجيله أو الرهن أو الضمين أو
الشهادة ، أو صفة في المبيع مقصودة نحو كون العبد كاتباً أو خطيباً أو صانعاً
أو مسلماً أو الأمة بكراً أو الدابة هملاجة أو الفهد صيوداً (١) ، فهو شرط
صحيح يلزم الوفاء به . فإن لم يف به ، فللمشتري الفسخ والرجوع بالثمن . .

وجاء في المغني (جزء ٤ ص ٢٨٥ - ص ٢٨٦) : الثاني تتعلق به مصلحة
العاقدين ، كالأجل والخيار والرهن والضمين والشهادة ، أو اشتراط صفة
مقصودة في المبيع كالصناعة والكتابة ونحوها ، فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به . .

(١) هنا اختلط الأجل والصفة بالشرط المقترن بالعقد ، وقد نبهنا إلى وجوب تمييز بعض من بعض .

ما يجب لصحة الشرط الذي يلائم العقد :

والأمثلة التي وردت في النصوص المتقدمة عن الشرط الذي يلائم العقد هي : (١) شرط أخذ رهن بالثمن (٢) شرط أخذ كفيل بالثمن (٣) شرط الحوالة بالثمن . وكلها شروط تلائم العقد ، فهي وإن كان العقد لا يقتضيها ، إلا أنها لا تتعارض معه ولا تتنافى مع أحكامه ، بل هي من مصلحة العقد . وتعلق بها مصلحة العاقدين . والمذهب الحنفي يقتصر كما رأينا على القول بأن الشرط يلائم العقد ، أما المذاهب الأخرى فالتعبير فيها أقل تحفظاً . تقول المالكية : الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه وهو من مصلحته . وتقول أيضاً : لأن ذلك كله مما يعود على البيع بمصلحة ولا معارض له من جهة الشرع . وتقول الشافعية : شرط لا يقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة وتدعو الحاجة إليه . وتقول الحنابلة : شرط من مصلحة العقد وتعلق به مصلحة العاقدين .

على أن هذه المذاهب تختلف عند ما تقرر ما يجب لصحة الشرط الذي يلائم العقد ، فأضييقها في ذلك هو المذهب الحنفي ، وأوسعها هو المذهب المالكي .

ففي المذهب الحنفي إذا كان الرهن الذي يتوثق الثمن به مجهولاً ، أو كان الكفيل مجهولاً أو كان غير حاضر في المجلس أو كان حاضراً ولم يقبل الكفالة فإن الشرط يكون فاسداً ويفسد معه البيع . أما في الرهن فلأن جواز هذا الشرط مع أن القياس يأباه ، لكونه ملائماً للعقد ، مقررأ لمقتضاه معنى ، لحصول معنى التوثيق والتأكد للثمن ، ولا يحصل ذلك إلا بالتسليم وأنه لا يتحقق في المجهول . وأما في الكفيل فلأن الجواز على مخالفة القياس ثبت لمعنى التوثيق وتوكيد الثمن لما فيه من تقرير موجب العقد . فإذا كان الكفيل غائباً أو حاضراً ولم يقبل ، لم تصح الكفالة ، فلم يحصل معنى التوثيق ، فبقى

الحكم على ما يقتضيه القياس . وكذا إذا كان الكفيل مجهولاً فالبيع فاسد لأن كفالة المجهول لا تصح ، فلا بد إذن لصحة الشرط الملائم للعقد أن يكون تاماً نافذاً الأثر وقت العقد ، فيقبل الكفيل الكفالة بالثمن ، ويسلم المشتري الرهن للبائع ، وذلك كله قبل انفضاض مجلس العقد . على أنه يجوز أن يكون الرهن - لا الكفيل - غائباً عن المجلس مادام معلوماً إذا كان عيناً معينة ، أو ما دام يمكن ضبطه بالوصف إذا كان شيئاً غير معين إلا بالنوع ، ففي هذه الحالة يصح شرط الرهن ويصح معه العقد ، ويجب على المشتري تسليم الرهن أو قيمته إلى البائع بعد العقد ، وإلا كان البائع بالخيار ، إذا لم ينقد ، الثمن بين فسخ العقد أو إبقائه . ولكن لا يجبر المشتري على تسليم الرهن ، خلافاً لقول زفر إذ يذهب إلى أن الرهن إذا شرط في العقد فقد صار حقاً من حقوقه ويجبر المشتري على تنفيذه . والفرق بين الكفالة والرهن في هذا الصدد ، إذ يشترط حضور الكفيل وقبوله الكفالة ولا يشترط حضور الرهن على ما بينا ، يوضحه صاحب فتح القدير إذ يقول : . . . لأن وجوب الثمن في ذمة الكفيل يضاف إلى البيع فيصير الكفيل كالمشتري فلا بد من حضوره العقد ، بخلاف الرهن لا تشترط حضرته ، لكن ما لم يسلم للبائع لا يثبت فيه حكم الرهن وإن انعقد عقد الرهن بذلك الكلام ، فإن سلم مضمي العقد على ما عقدا ، وإن امتنع عن تسليمه لا يجبر عندنا ، بل يؤمر بدفع الثمن ، فإن لم يدفع الرهن ولا الثمن خير البائع في الفسخ .

والظاهر من النصوص أن الشافعية والحنابلة كالحنفية في وجوب تعيين المرهون وتعيين الكفيل بالذات ، فلا يكفي وصف الكفيل بموسر ثقة . ولكن يبدو أن الشافعية والحنابلة لا يتشددون تشدد الحنفية في وجوب أن يكون الكفيل حاضراً في مجلس العقد وأن يقبل الكفالة قبل انفضاض المجلس ، فيكفي أن يكون كل من الرهن والكفيل معيناً معلوماً على الوجه

الذي قدمناه . فإن لم يسلم المشتري الرهن للبائع قبل العقد ، أو لم يقبل الكفيل الكفالة أو مات قبل القبول ، خير البائع في الفسخ إذا لم ينقده المشتري الثمن . ويقول الرملي في هذا الصدد : « فإن لم يرهن المشتري ما شرط عليه رهنه وأن أتى برهن غير المعين ولو أعلى قيمة منه . أو لم يتكفل المعين بأن امتنع أو مات قبله وإن أقام المشتري ضامنا غيره ثقة ، فللبائع الخيار . . ولا يجبر من شرط عليه ذلك على القيام بالمشروط لزوال الضرر بالفسخ . ويتخير أيضاً فيما إذا لم يقبضه الرهن لهلاكه أو غيره . .

أما المذهب المالكي فهو كما قدمنا ، أوسع المذاهب في هذه المسألة . فعنده يصح الشرط حتى لو لم يكن الرهن أو الكفيل معيناً . ويقول الخطاب : « وإن بعته على حميل لم تسمياه ورهن لم تصفاه ، جاز ، . ليس هذا فحسب ، بل أيضاً إذا عين الرهن بعد العقد وامتنع المشتري عن تسليمه ، أجبر على ذلك ، ولا يقتصر الأمر على إعطاء البائع حق الفسخ إذا لم ينقد الثمن . وإذا لم يعين الرهن أجبر المشتري على أن يعطى الصنف المعتاد : ثياباً أو حلياً أو داراً أو نحو ذلك . ولا يجبر البائع على قبول ما في حفظه مشقة وكلفة ، كالعبيد والدواب . ويقول الخطاب أيضاً في ذلك : « وإن سميتا الرهن أجبر على أن يدفعه إليك إن امتنع ، وليس هذا من الرهن الذي لم يقبض . . والبيع على رهن غير معين جائز ، وعلى الغريم أن يعطيك الصنف المعتاد . والعادة في الخواص أن ترهن ما يغاب عليه كالثياب والحلي وما لا يغاب عليه كالدرر وما أشبههما ، وليس العادة العبيد والدواب وليس على المرتهن قبول ذلك وإن كان مصدقاً في تلفه لأن في حفظه مشقة وكلفة . . والذي نقله ابن المواز عن أشهب ونقله اللخمي وابن راشد أنه يجبر على دفع رهن يكون فيه الثقة باعتبار ذلك الدين . . وهو المذهب . .

ونرى من ذلك أن المذهب الحنفي لا يكتفي في صحة الشرط بمجرد التزام

المشتري بتقديم رهن أو كفيل . بل يجب أن يكون عقد الرهن أو عقد الكفالة قد انعقد مع انعقاد البيع . وتكتفى الشافعية والحنابلة بمجرد التزام المشتري بتقديم رهن أو كفيل على أن يكون الرهن أو الكفيل معيناً وقت العقد . أما المالكية فيكتفون هم أيضاً بمجرد التزام المشتري بتقديم رهن أو كفيل ، ويزيدون على ذلك أنهم لا يشترطون أن يكون الرهن أو الكفيل معيناً وقت انعقد ، ثم أنهم في الرهن يجبرون المشتري على تسليمه إذا كان معيناً ، أو على تسليم الصنف المعتاد إذا كان غير معين .

بقي شرط الحوالة ، ونلاحظ أن كتب الحنفية قد تضاربت في صحة هذا الشرط . فقد جاء في البدائع كما رأينا . « ولو شرط المشتري على البائع أن يحيله بالثمن على غريم من غرمائه . أو على أن يضمن الثمن لغريم من غرماء البائع ، فالبيع فاسد ، لأن شرط الحوالة والضمان شرط لا يقتضيه العقد ، والشرط الذي لا يقتضيه العقد مفسد في الأصل إلا إذا كان فيه تقرير موجب للعقد وتأكيده ، والحوالة إبراء عن الثمن وإسقاط له فلم يكن ملائماً للعقد بخلاف الكفالة والرهن ، . والفرض أن يرد الشرط في عقد البيع قاضياً بحوالة الثمن الذي في ذمة المشتري حوالة دين إلى ذمة شخص آخر قد يكون مديناً للمشتري (غريماً من غرمائه) فيصبح هذا المدين وقد تحمل الدين بالثمن نحو البائع وتبرأ ذمة المشتري من الثمن . هذا الشرط لا يقتضيه العقد . ثم هو لا يلائم العقد ، لأن الحوالة إبراء لذمة المشتري من الثمن كما يقول صاحب البدائع . ولكن إذا كانت الحوالة إبراء عن الثمن وإسقاطاً له من وجه ، فهي من وجه آخر تقرير لوجوب الثمن وتأكيده ، فإن الإبراء لا يكون إلا عن شيء واجب . هذا إلى أن الحوالة ليست إبراء فحسب ، إذ هي إبراء لذمة المحيل — إبراء غير كامل — وشغل لذمة المحال عليه ، وفي هذا أيضاً تقرير لوجوب الثمن وتأكيده . ولا يختلف الأمر

إذا ضمن المشتري الثمن لغريم من غرماء البائع أى لدائن من دائنيه ، ولو كان ذلك عن طريق حوالة الدين الذى فى ذمة البائع لدائنه إلى ذمة المشتري ، فإن المشتري بقبوله هذه الحوالة إنما يؤكد وجوب الثمن فى ذمته وبدلاً من أن يدفعه للبائع يكون واجباً عليه أن يدفعه لدائن البائع ، فالشرط كما نرى ملائم لمقتضى عقد البيع كل الملاءمة ، ويعدل فى ذلك شرط الرهن وشرط الكفالة . من أجل ذلك نرجح الأخذ بما جاء فى فتح القدير من أن شرط الحوالة كالكفالة ، وبما جاء فى المبسوط من أن شرط الحوالة فى هذا كشرط الكفالة ، لأنه لا ينافى وجود أصل الثمن فى ذمة المشتري ، فإن الحوالة تحويل ولا يكون ذلك إلا بعد وجود الثمن فى ذمة المشتري ، بخلاف ما لو شرط وجوب الثمن ابتداء على غير المشتري بالعقد فإن ذلك ينافى موجب العقد فكان مفسداً للعقد .

الشرط الذى يلائم العقد يصح استثناء على سبيل الاستحسان عند الحنفية ويصح أيضاً فى المذاهب الأخرى :

ولم تجز الحنفية الشرط الذى يلائم العقد إلا استثناء على سبيل الاستحسان ، ملحقين إياه فى المعنى بالشرط الذى يقتضيه العقد . وإلا فإن الشرط ، ولو لأم العقد ما دام العقد لا يقتضيه ، لا يجوز على مقتضى القياس عند الحنفية ، فإن فيه زيادة منفعة لا يقتضيها العقد فيكون عقداً فى عقد وهذا لا يجوز . وإنما صح هذا الشرط على سبيل الاستحسان كما قدمنا ، لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى ، مؤكداً إياه ، فاشتراط الرهن أو الكفالة بالثمن يؤكد وجوب استيفاء الثمن واستيفاء الثمن ملائم للعقد ، ومثل هذا الاشتراط يكون بمثابة اشتراط صفة الجودة فى الثمن .

جاء فى المبسوط (جزء ١٣ ص ١٩) : وإن شرط أن يرهنه المبتاع هذا بعينه ، فى القياس العقد فاسد لما بينا أنه شرط عقد فى عقد . وفى

الاستحسان يجوز هذا العقد ، لأن المقصود بالرهن الاستيفاء ، فان موجه ثبوت يد الاستيفاء . و شرط استيفاء الثمن ملائم للعقد . ثم الرهن بالثمن للتوثق بالثمن ، فاشتراط ما يتوثق به كاشتراط صفة الجودة في الثمن ، . وقد رأينا صاحب البدائع يقول في هذا المعنى : « وكذلك الشرط الذي لا يقتضيه العقد ، لكنه ملائم للعقد ، لا يوجب فساد العقد أيضا ؛ لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكداً إياه ... فيلحق بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد . وذلك نحو ما إذا باع على أن يعطيه المشتري بالثمن رهناً . . فإن كان معلوماً فالبيع جائز استحساناً ، والقياس ألا يجوز لأن الشرط الذي يخالف مقتضى العقد مفسد في الأصل . و شرط الرهن والكفالة مما يخالف مقتضى العقد فكان مفسداً ، إلا أننا استحسنا الجواز لأن هذا الشرط لو كان مخالفاً لمقتضى العقد صورة فهو موافق له معنى ؛ لأن الرهن بالثمن شرع توثيقاً للثمن وكذا الكفالة فإن حق البائع يتأكد بالرهن والكفالة ، فكان كل واحد منهما مقررًا لمقتضى العقد معنى ، فأشبه اشتراط صفة الجودة في الثمن وأنه لا يوجب فساد العقد ، فكذا هذا . .

أما في المذهب الشافعي ، فالظاهر أن الشرط الذي يلائم العقد يصح أصلاً لا استثناء ، بخلاف المذهب الحنفي فالشرط فيه لا يصح إلا على سبيل الاستثناء كما قدمنا .

وأما المذهب المالكي والحنبلي فيبدو أنها يجيزان الشرط الملائم للعقد على اعتبار أن هذا الشرط إذا كان العقد لا يقتضيه فإنه لا ينافي مقتضى العقد وهو من مصلحته ، وما لا ينافي مقتضى العقد وإن كان العقد لا يقتضيه فهو جائز مادامت فيه مصلحة للعقد وللتعاقدين . ويظهر أن الفرق بين المذهب الحنفي وهذين المذهبين في هذا الصدد أن الحنفية يوجبون لصحة الشرط في الأصل أن يكون العقد يقتضيه ، ثم هم يجيزون استثناء - على سبيل الاستحسان لا على سبيل القياس - الشرط الذي يلائم العقد ، لأنه يشبه في المعنى الشرط الذي يقتضيه العقد ، فيلحق به . أما المذهب الآخران فعندهما أنه ليس من

الضروري لصحة الشرط أن يكون العقد يقتضيه ، بل يكفي أن يكون الشرط لا ينافي مقتضى العقد ، فيصح الشرط الذي يقتضيه العقد ، كما يصح الشرط الذي يلائم العقد لأنه لا ينافي ما يقتضيه ، والصحة في هذا الشرط وفي ذلك إنما ترد على سبيل الأصل لا على سبيل الاستثناء . وقد رأينا الحرشي في المذهب المالكي يقول في هذا المعنى : « ولما أنهى الكلام على الشرط المناقض ، وترك المؤلف ذكر ما يقتضيه العقد لوضوحه ، أخذ يذكر ما لا يقتضيه ولا ينافيه وهو من مصلحته ، بقوله مشبها له بالحكم قبله ، وهو الصحة ، كشرط رهن وجميل وأجل ، يعني أن البيع يصح مع اشتراط هذه الأمور . وليس في ذلك فساد ولا كراهية ، لأن ذلك كله ما يعود على البيع بمصلحته ، ولا معارض له من جهة الشرع ، . ثم رأينا ابن قدامة المقدسي في المذهب الحنبلي يقول في الشرح الكبير : « الثاني شرط من مصلحة العقد . . . فهو شرط صحيح يلزم الوفاء به . »

(ح) الشرط الذي يجري به التعامل

النصوص :

جاء في المبسوط (جزء ١٣ ص ١٤) : « وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد وفيه عرف ظاهر . فذلك جائز أيضاً ، كما لو اشترى نعلا وشراها بشرط أن يحذوه البائع ، لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ، ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجاً بينا . »

وجاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٧٢) : « كذلك إن كان مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم العقد أيضاً ، لكن للناس فيه تعامل ، فالبيع جائز . كما إذا اشترى نعلا على أن يحذوه البائع ، أو جراباً على أن يخرزه له خفاً ، أو ينعل خفه والقياس ألا يجوز ، وهو قول زفر رحمه الله . وجه القياس أن هذا شرط

لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد العاقدين وأنه مفسد ، كما إذا اشترى ثوبا بشرط أن يخطه البائع له قيصا ونحو ذلك . ولنا أن الناس تعاملوا هذا الشرط في البيع كما تعاملوا الاستصناع فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع ، .

وجاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٢١٥): «...أو لا يقتضيه وليس بمأثبات كذلك لكنه متعارف كشراء نعل على أن يحدوها البائع أو يشركها ، فهو جائز أيضا لما سيأتي ، . ثم يقول (ص ٢٢١ - ص ٢٢٢) قوله: «ومن اشترى نعلا على أن يحدوها البائع ، المراد اشترى أديما على أن يجعله البائع نعلا له ، فأطلق عليه إسم النعل باعتبار أوله . ويمكن أن يراد حقيقة أى نعل رجل واحدة على أن يحدوها أى أن يجعل معها مثالا آخر ليتم نعلا للرجلين ، ومنه حدوت النعل بالنعل أى قدرته بمثال قطعته ، ويدل عليه قوله أو يشركه فجعله مقابلا لقوله نعلا ، ولا معنى لأن يشتري أديما على أن يجعل له شراكا ، فلا بد أن يراد حقيقة الفعل ، فالبيع فاسد . وفي الاستحسان يجوز البيع ويلزم الشرط للتعامل كذلك . ومثله في ديارنا شراء القبقاب على هذا الوجه على أن يسمر له سيرا . وصار كصبغ الثوب ، مقتضى القياس منعه لأنه إجارة عقدت على استهلاك عين مع المنفعة وهو عين الصبغ ، ولكن جواز التعامل . ومثله إجارة الظئر مع لزوم استهلاك اللبن ، جاز للتعامل . لكن في الفوائد المستحق بالأجارة فعل الصبغ والحضانه في استئجار الصباغ والظئر ، والصبغ واللبن آلة فعلهما ، وللتعامل جونا الاستصناع مع أنه بيع المعدوم ، ومن أنواعه شراء الصوف المنسوج على أن يجعله البائع قلنسوة بشرط أن يبطن له البائع بطانة من عنده ، وهذا نوع آخر من الشرط وهو البيع بشرط أن به كذا ، وما تقدم كان المشروط معدوما فيشترط أن يفعل من هذا .

المقترنة بالعقد (١) . فلم تكن بها حاجة للتوسعة عن طريق جريان التعامل بالشرط .

على أن المذهب الحنفي لا يبدو أنه ينتفع انتفاعاً كاملاً من قاعدة إباحة الشرط الذي يجري به التعامل ، فالأمثلة التي ترد في كتب المذهب ذات أهمية عملية محدودة : نعل يخذوه البائع أو يجعل له شراكا ، جراب يخرزه خفياً ، خف ينعله ، ثوب يصبغه ، قبقاب يسمر له سيرا ، صوف منسوج يجعله قلنسوة .

والظاهر أن الشرط الذي يجري به التعامل عند الحنيفة هو أمر ثانوي يتعلق بالمبيع ذاته . فإن كان أمراً غير ثانوي كثوب يخطه قميصاً أو دار يسكنها - أو كان غير متعلق بالمبيع ذاته - كقرض في بيع أو بيعتين في صفقة واحدة - فلا يجوز . وإذا كان التعامل في الماضي لم يجر بمثل هذه الشروط ، فإنه يجري بها في العصر الحاضر ، فينبغي عدم الوقوف عند التعامل في الماضي ، ومادام باب التعامل قد فتح ، فإن التعامل يختلف من بيئة إلى بيئة ومن عصر إلى عصر ، ومن المستطاع التوسع في هذا الباب إلى حد كبير .

ولا يزال الشرط الذي يجري به التعامل إنما ثبت له الصحة في المذهب الحنفي على سبيل الاستحسان . أما في القياس فهو لا يجوز ، لأن فيه زيادة منفعة لا يقتضيها العقد فيكون عقداً في عقد . وقد رأينا صاحب البدائع يقول : « والقياس ألا يجوز ، وهو قول زفر رحمه الله . وجه القياس أن هذا شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد العاقلين وأنه مفسد ، كما إذا اشترى ثوباً بشرط أن يخطه البائع له قميصاً ونحو ذلك . ولنا أن الناس تعاملوا هذا الشرط في البيع كما تعاملوا الاستصناع ، فسقط القياس بتعامل الناس ، كما سقط في الاستصناع . »

(١) وهذا فيما عدا المذهب الشافعي ، فهو قريب من المذهب الحنفي في حظر الشروط للمقترنة بالعقد والتضييق في إباحتها كما سنرى . ويخلط الفقه الشافعي بين الشرط الذي يلائم العقد والشرط الذي تدعو إليه حاجة التعامل (المذهب ١ ص ٢٦٨ ، شرح المنهاج للرملي ٣ ص ٤٣٦) .

§ ٢ — الشرط الفاسد

المذهب الحنفى والمذاهب الثلاثة الأخرى :

ولما كان المذهب الحنفى هو أضيق المذاهب فى أباحة الشروط المقترنة بالعقد كما قدمنا ، ومن ثم كان الشرط الفاسد فى هذا المذهب واسع المدى ، لذلك نبدأ ببحث المذهب الحنفى وحده ، ثم نعقب بتأصيل هذا المذهب وتطور الفقه الإسلامى فى المذاهب الثلاثة الأخرى وفى المذهب الحنفى نفسه فهناك اتصال وثيق بين هاتين المسألتين .

أولاً : المذهب الحنفى

التمييز بين حالتين :

يجب التمييز فى المذهب الحنفى بين حالتين : (أ) حالة فيها الشرط الفاسد يفسد العقد (ب) وحالة فيها الشرط الفاسد يلغودون أن يفسد العقد ، فيسقط الشرط ويبقى العقد .

١ — شرط فاسد يفسد العقد

التعريف :

جاء فى المبسوط (جزء ١٣ ص ١٥ — ص ١٨) : « وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر ، فإن كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين

فالبائع فاسد ، لأن الشرط باطل في نفسه ، والمتنفع به غير راض بدونه ، فتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط ، فلهذا فسد به البيع . وكذلك أن كان فيه منفعة للمعقود عليه ، وذلك نحو ما بينا أنه إذا اشترى عبداً على أنه لا يبيعه ، فإن العبد يعجبه ألا تتناوله الأيدي ، وتتمام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم أنه حر كان البيع باطلا ، فاشتراط منفعته كاشتراط منفعة أحد المتعاقدين . . . قال وإذا اشترى عبداً على أنه يعتقه فالبائع فاسد، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن البيع جائز بهذا الشرط ، وهو قول الشافعي ، لحديث بريرة رضي الله عنها فأنها جاءت إلى عائشة رضي الله عنها تستعينها في الكتابة . قالت إن شئت عدتها لأهلك وأعتقك . فرضيت بذلك ، فاشتريتها وأعتقتها ، وإنما اشتريتها بشرط العتق وقد أجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لها . . . ولأن العتق في المبيع قبض . . . والقبض من أحكام العقد فاشتراطه في العقد يلائم العقد ولا يفسده . . . وحيثنا في ذلك نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ، ولأن في هذا الشرط منفعة للمعقود عليه والعقد لا يقتضيه فيفسد به العقد كما لو شرط ألا يبيع . يوضحه أنه لو شرط في الجارية أن يستولدها أو في العبد أن يدبره كان العقد فاسداً فإذا كان اشتراط حق العتق لها يفسد البيع فاشتراط حقيقة العتق أولى ، ودعواه أن هذا الشرط يلائم العقد لا معنى له فإن البيع موجب للملك والعتق مبطل له فكيف يكون بينهما ملائمة ، ثم هذا الشرط يمنع استدامة الملك فيكون ضد ما هو المقصود بالعقد . وبيع العبد نسمة لا يكون بشرط العتق ، بل يكون ذلك وعداً من المشتري ثم البيع بعقد مطلقاً ، وهو تأويل حديث عائشة رضي الله عنها فأنها اشترت بريرة رضي الله عنها مطلقاً ووعدت لها أن تعتقها لترضى هي بذلك فإن بيع المكاتب لا يجوز بغير رضاها . . .

... وإذا اشتراه على أن يقرضه قرضاً أو يهب له هبة أو يتصدق عليه بصدقة أو على أن يبيعه بكذا وكذا من الثمن ، فالبائع في جميع ذلك فاسد ،

أنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف وعن بيعتين في بيعة . . . وإن اشترى شيئاً وشرط على البائع أن يحمله إلى منزله أو يطحن الحنطة أو يخطط الثوب فهو فاسد ، لأن فيه منفعة لأحد المتعاقدين والعقد لا يقتضيه ، لأنه إن كان بعض البدل بمقابلة العمل المشروط عليه فهو إجارة مشروطة في العقد ، وأن لم يكن بمقابلته شيء من البدل فهو إجارة مشروطة في البيع ، وهو مفسد للعقد ، وكذلك لو اشترى داراً على أن يسكنها البائع شهراً ، فهذه إجارة مشروطة في البيع وهو مفسد للعقد ، أو هذا شرط أجل في العين والعين لا تقبل الأجل . .

وجاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٦٩ - ص ١٧٣) : « ومنها شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعة للبائع أو للمشتري أو للبيع إن كان من بني آدم كالرقيق ، وليس بملأثم للعقد ، ولا بما جرى به التعامل بين الناس ، نحو ما إذا باع داراً على أن يسكنها البائع شهراً ثم يسلمها إليه ، أو أرضاً على أن يزرعها سنة ، أو دابة على أن يركبها شهراً ، أو ثوباً على أن يلبسه أسبوعاً أو على أن يقرضه المشتري قرضاً ، أو على أن يهب له هبة ، أو يزوج ابنته منه ، أو يبيع منه بكذا ، ونحو ذلك ، أو اشترى ثوباً على أن يخططه البائع قميصاً ، أو حنطة على أن يطحنها ، أو ثمرة على أن يجذها ، أو ربطة قائمة على الأرض على أن يجذها ، أو شيئاً له حمل ومؤونه على أن يحمله البائع إلى منزله ، ونحو ذلك . فالبيع في هذا كله فاسد ، لأنه زيادة منفعة مشروطة في البيع تكون رباً ، لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع وهو تفسير الربا ، والبيع الذي فيه الربا فاسد ، أو فيه شبهة الربا وأنها مفسدة للبيع كحقيقة الربا .. وكذا لو باع جارية على أن يدبرها المشتري أو على أن يستولدها ، فالبيع فاسد ، لأنه شرط فيه منفعة للبيع وأنه مفسد . وكذا لو باعها بشرط أن يعتقها المشتري ، فالبيع فاسد في ظاهر الرواية عن أصحابنا ،

وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنه جائز^(١) ، وبه أخذ الشافعي رحمه الله . . . وكذا لو باع عبداً أو جارية بشرط ألا يبيعه وألا يهبه وألا يخرج من ملكه ، فالبيع فاسد ، لأن هذا شرط ينتفع به العبد والجارية بالصيانة عن تداول الأيدي فيكون مفسداً للبيع . . . ولو اشترى شيئاً بشرط أن يوفيه في منزله ، فهذا لا يخلو أما أن يكون المشتري والبائع بمنزلهما في المصر وأما أن يكون أحدهما في المصر والآخر خارج المصر . فإن كان كلاهما في المصر ، فالبيع بهذا الشرط جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً ، إلا إذا كان في تصحيح الشرط تحقيق الربا كما إذا تباعا حنطة بحنطة وشرط أحدهما على صاحبه الإبقاء في منزله ، وعند محمد البيع بهذا الشرط فاسد وهو القياس ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للمشتري فأشبه ما إذا اشترى بشرط الحمل إلى منزله أو بشرط الإبقاء في منزله وأحدهما في المصر والآخر خارج المصر . ولهما أن الناس تعاملوا البيع بهذا الشرط إذا كان المشتري في المصر ، فتركنا القياس لتعامل الناس ، ولا تعامل فيما إذا لم يكونا في المصر ولا في شرط الحمل إلى المنزل فعملنا بالقياس فيه وأما بيع

(١) ويقول صاحب البدائم: « ووجه هذه الرواية أن شرط الأعناق مما يلائم العقد . لأن الأعناق إنهاء الملك وإنهاء الملك تقريره ، فكان ملائماً . . . وظاهر الرواية وجهان ، أحدهما بعم الكل ، والثاني يخص أبا حنيفة عليه الرحمة . أما الأول فهو أن شرط العنق شرط لا يلائم العقد ، لأن العقد يقتضي الملك ، والمالك يقتضي إطلاق التصرف في المملوك تحصيلاً وتركاً ، وشرط الأعناق يقتضي الاستعناق واللازم لا محالة ، فلا يلائمه بل يضاده . وأما الثاني فلأن هذا الشرط يلائم العقد من وجه ولا يلائمه من وجه . . ثم إذا باع بهذا الشرط فأعتقه المشتري ، انقلب العقد جائزاً بالأعناق عند أبي حنيفة استحساناً . . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ينقلب جائزاً حتى تلزمه قيمة الجارية وهو القياس . . ووجهها ظاهر لأن البيع وقع فاسداً من حين وجوده ، والأعناق لا ينعدم الفساد بل يتقرر . ولأبي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا أن شرط الأعناق يلائم العقد من وجه ولا يلائمه من وجه ، لأنه إنهاء من وجه وإزالة من وجه ، فمن حيث أنه إنهاء كانت يلائمه لأنه تقرير ، لكن من حيث أنه إزالة لا يلائمه لأنه تغيير موجب العقد ، فيجب العمل بالشبهين ، فعملنا بشبه الإزالة فقلنا بفساد العقد في الابتداء ، وعملنا بشبه الإنهاء فقلنا بجوازه في الانتهاء ، عملاً بالشبهين بقدر الأمكان . فإن قيل لم لا يعمل بهما على القلب مما قلتم ، قيل لأنه لا يمكن لأننا نجد جائزاً انقلب فاسداً في أصول الشريعة ، ووجدنا فاسداً انقلب جائزاً كما في بيع الرقم ونحوه » (البدائم ٥ ص ١٧٠) .

التمر على الشجر بعد ظهوره وبيع الزرع في الأرض . . . إن اشترى بشرط الترك فالعقد فاسد بالإجماع ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا يلائم العقد ولا جرى به التعامل بين الناس ، ومثل هذا الشرط مفسد للبيع لما ذكرنا ، ولأنه لا يتمكن من الترك إلا بأعارة الشجرة والأرض وهما ملك البائع ، فصار بشرط الترك شارطاً الأمانة ، فكان شرطه صفقة في صفقة وأنه منهي عنه .

وجاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٢١٥ - ص ٢٢١) : « ولو كان الشرط بما لا يقتضيه وليس بما ذكرنا ، فأما ما فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو المعقود عليه وهو من أهل الإستحقاق ، كأن اشترى حنطة على أن يطحنها البائع أو يتركها في داره شهراً أو ثوباً على أن يخطه ، فالبيع فاسد . وكذا شرط ألا يبيع المشتري العبد لأنه يعجبه ألا تتداوله الأيدي ، وكذا على ألا يخرج من مكة مثلاً . وفي الخلاصة اشترى عبداً على أن يبيعه جاز ، وعلى أن يبيعه من فلان لا يجوز . أي لا يجوز للبائع أن يشترط عليه البيع من فلان لأن للبيع منفعة ولها مطالب من جهة العباد وهو العبد لأن له طالباً . وكذا إذا كانت المنفعة لغير العاقد ، ومنه إذا باع مساحة على أن يبني بها مسجداً ، أو طعاماً على أن يتصدق به ، فهو فاسد . . . ومن مثل الباطل بيع العبد على أن يعتقه المشتري أو يكاتبه أو يدبره (١) . . وكذلك لو باع عبداً على أن

لا يعتقه المشتري أو يكاتبه أو يدبره (١) . .

(١) ويقول صاحب فتح القدير بعد ذلك : « والشافعي بخالفنا في شرط العتق في أحد أقواله فيصححه . ثم أن أعتقه فذاك ، وألا خير البائع في فسخ العقد ولا يجبر عليه في قول بعض أصحابه ، وفي قول آخرين يجبر . قال المصنف : ويقبض الشافعي على بيع العبد نسمة ، ثم فسره بأن يبيعه ممن يعلم أنه يعتقه لا أن يشترط فيه ذلك . . . والحجة عليه ما ذكرنا ، يعني من الحديث والمعنى . وأنت علمت أنه يرجع إلى تخصيص العام بالخاص كيفما وجدوه ومذهبه ولهذا خصه بحديث بريرة . وجوابه أن ليس في حديث بريرة أصلاً أن البيع كان بشرط العتق ، بل كان على وعد العتق منها ، وحينئذ فليس من تخصيص منع بيع بشرط في شيء . . . ونسمة منصوب على الحال بمعنى معروضا للعتق ، وعبر بالنسمة لكثرة ذكرها فيما إذا أعتقت مثل قوله صلى الله عليه وسلم فك الرقبة واعتق النسمة ، فصيرت كالإسم لما عرض للعتق ، فعولت معاملة الأسماء المنضممة لمعنى الفعل » فتح القدير ٥ ص ٢١٦ - ص ٢١٧

يستخدمه البائع شهراً ، أو داراً على أن يسكنها ، أو على أن يقرضه المشتري دراهم ، أو على أن يهدي له هدية أو ثوباً على أن يقطعه المشتري قميصاً أو قباء ، فهو فاسد ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، وقد ورد في عين بعضها نهى خاص وهو نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف أي قرض . ثم خص شرطى الاستخدام والسكن بوجه معنوى ، فقال ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن ، بأن يعتبر المسمى ثمناً بإزاء المبيع وإزاء أجره الخدمة والسكنى ، يكون إجارة في بيع ، ولو كان لا يقابلهما يكون إعارة في بيع ؛ وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة واعلم أنه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيعتين في بيعه ، ويظهر من كلام بعض من يتكلم في الحديث ظن أنه معنى الأول ، وليس كذلك بل هذا أخص منه ، فانه في خصوص من الصفقات وهو البيع ، وفسره الشافعى بأن أبيعك دارى هذه بكذا على أن تبغنى غلامك بكذا فإذا وجب لى غلامك وجبت لك دارى وذكر الإمام قاضىخان العقود التى يتعلق تمامها بالقبول أقسام ثلاثة ، قسم يبطل بالشرط الفاسد وجهالة البدل وهى مبادلة المال بالمال كالبيع والإجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال ، وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد ولا جهالة البدل وهو معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد ، وقسم له شبه بالبيع والنكاح وهو الكتابة يبطلها جهالة البدل ولا يبطلها الشرط الفاسد ومن اشترى ثوباً على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصاً أو قباء فالبيع فاسد بإجماع الائمة الأربعة لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه يصير صفقتين على ما أمر من امتناع الصفقتين في صفقة ، ألا أن هنا على تقرير واحد وهو كون الخياطة يقابلها شيء من الثمن فهو شرط إجارة في بيع وما تقدم كان كذلك على ذلك التغير وعلى تقرير عدم المقابلة يكون إعارة في بيع .

ونستعرض استخلاصاً من النصوص المتقدمة، مسائل ثلاثاً: ١ - الصور المختلفة للشرط الفاسد الذى يفسد العقد . ٢ - الأسباب التى دعت المذهب إلى القول بفساد الشرط والعقد فى هذه الصور . ٣ - العقود التى يكون فيها الشرط الفاسد مفسداً للعقد .

١ - الصور المختلفة للشرط الفاسد الذى يفسد العقد :

يمكن القول بوجه عام أن الشرط الفاسد الذى يفسد العقد هو الذى فيه منفعة لها صاحب يطالب بها . وهذه المنفعة أما أن تكون للمبيع إذا كان رقيقاً ، أو للبائع ، أو للمشتري ، أو لأجنبى غير المتعاقدين .
فمثل المنفعة التى تكون للمبيع إذا كان رقيقاً : أن يشتري عبداً على ألا يبيعه أو يهبه أو يخرج من ملكه بحال ، أو على أن يبيعه من فلان دون غيره ، أو على ألا يخرج من بلد معين ، أو على أن يدبره أو يكاتبه ، أو على أن يعتقه على خلاف بين المذاهب ، (١) أو يشتري أمة على أن يستولدها . ففى هذه

(١) رأينا فى النصوص المتقدمة أن المذهب الحنفى - فيما عدا رواية عن أبى حنيفة للحسن ابن زياد - يقول بفساد شرط العتق ، لأن هذا الشرط فيه منفعة للمبيع ، ولا يقتضيه العقد ، ولا يلائم مقضى العقد إذ الميم موجب للملك والعتق مبطل له فلا تكون بينهما ملائمة . ولكن أبى حنيفة يصحح الميم إذا أعتق المشتري الرقيق بالفعل ، لأن العتق عنده إنهاء للملك من وجه وإزالة له من وجه آخر ، فن حيث هو لإنهاء للملك كان يلائم العقد لأنه تقرير للملك ، ومن حيث أنه إزالة للملك كان لا يلائم العقد لأنه تغيير لوجه ، فعمل بالشبهين بقدر الإمكان . عمل بشبه الإزالة فقال بفساد العقد فى الابتداء ، وعمل بشبه الإنهاء فقال بجوازها فى الانتهاء . ولا يستقيم أن يقلب الوضع فيقول بالفساد بعد الصحة ، لأن العقد لا يفسد بعد الصحة ولكنه قد يصح بعد الفساد .

أما الشافعى فيذهب إلى أن شرط العتق صحيح لحديث بريرة ، ولأن العتق فى المبيع قبض وتقرير للملك فاشتراطه يلائم العقد . ولكن لا يجبر المشتري على العتق فإن لم يعتق خير البائع فى الفسخ ، وفى قول آخر يجبر المشتري على العتق . هذا ويلاحظ أن حديث بريرة لا يفيد أصلاً أن البائم قد اشترط على عائشة رضى الله عنها أن تعتق بريرة ، بل أن عائشة هى التى وعدت بريرة بالعتق بعد أن تشتريها ، والبيم بهذا الوعد من المشتري يسمى بيع العبد نسمة . والمذهبان المالكي والحنبلي يصحان شرط العتق أسوة بكثير من الشروط الأخرى ، لأن هذين المذهبين أوسع المذاهب فى تصحيح الشروط .

الأمثلة نرى الرقيق المبيع قد صارت له منفعة بعقد البيع يستوفيها من المشتري . فمن مصلحة هذا الرقيق ألا يباع أو يخرج من ملك المشتري حتى لا تتداوله الأيدي ، أو في القليل ألا يباع إلا إلى شخص بالذات فيحدد بذلك مجال التعامل فيه ، أو أن يبقى في بلد معين له في الاستقرار فيه مصلحة . ومن مصلحته أن يدبر أو يكاتب ، أو يستولد إذا كان أمة ، فهذا هو طريقه إلى العتق . ومن مصلحته بالأولى أن يشترط البائع عتقه .

والمنفعة التي تكون للبائع أما أن تكون منفعة تتعلق بالمبيع ذاته أو منفعة مستقلة عن المبيع ، فمثل المنفعة التي تتعلق بالمبيع أن يبيع عبداً ويشترط على المشتري أن يبقى في خدمته وقتاً من الزمن ، أو يبيع داراً ويشترط أن يسكنها شهراً ، أو يبيع أرضاً ويشترط أن يزرعها سنة ، أو يبيع دابة ويشترط أن يركبها إلى مكان معين ، أو يبيع ثوباً ويشترط أن يلبسه أسبوعاً . ونرى في هذه الأمثلة أن البيع يتضمن أجرة أو أمانة ، فيتضمن أجرة إن كان للشرط مقابل من الثمن ، فإن لم يكن له مقابل فالبيع يتضمن أمانة . ومثل المنفعة المستقلة عن المبيع أن يشترط البائع على المشتري أن يقرضه قرصاً ، أو أن يهب له هبة ، أو أن يتصدق عليه بصدقة ، أو أن يشتري منه شيئاً آخر ، أو أن يبيع له كما اشترى منه ، أو أن يزوجه منه ابنته . ونرى في هذه الأمثلة أن عقد البيع قد تضمن عقداً آخر : قرصاً أو هبة أو صدقة أو بيعاً أو زواجاً .

والمنفعة التي تكون للمشتري تكون هي أيضاً أما منفعة تتعلق بالمبيع ذاته أو منفعة مستقلة عن المبيع . فمثل المنفعة التي تتعلق بالمبيع أن يشتري حنطة ويشترط على البائع أن يطحنها ، أو ثوباً ويشترط على البائع أن يخطه ، أو محصولاً ويشترط على البائع أن يحصده ، أو يشترط أن يتركه في الأرض حتى ينضج ، أو ربطة قائمة على الأرض ويشترط على البائع أن يجدها ، أو

يشترى ماله حمل ومؤونة ويشترط على البائع أن يحمل المبيع إلى منزله (١) .
وفي هذه الأمثلة نرى البيع قد اقترن بعقد آخر ، هو في أغلبها أجرة
عمل البائع ، وهو أعارة الأرض أو أيجارها في شرط ترك المحصول في الأرض
حتى ينضج . ومثل المنفعة المستقلة عن المبيع أن يشترط المشتري على البائع
أن يقرضه قرصاً ، أو أن يهب له هبة ، أو أن يتصدق عليه بصدقة ، أو أن
يبيع له شيئاً آخر ، أو أن يشتري منه كما باع له ، أو أن يتزوج ابنته . وهذه
هي نفس الأمثلة التي أوردناها في منفعة البائع المستقلة عن المبيع ، وإنما
جعلناها هنا لمصلحة المشتري لا لمصلحة البائع .

وقد تكون المنفعة لأجنبي غير المتعاقدين ، كما إذا باع ساحة على أن
يبني المشتري فيها مسجداً ، أو باع طعاماً على أن يتصدق به المشتري ، أو باع
داراً واشترط على المشتري أن يهبها لفلان أو يبيعها منه بكذا من الثمن .
ويلاحظ أن هذه الصورة في الفقه الإسلامي تعدل في الفقه الغربي صورة
الاشتراط لمصلحة الغير ، ولما كان الشرط فاسداً في هذه الحالة فقد أقفل باب
الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الحنفي .

٢ — الأسباب التي دعت المذهب الحنفي إلى القول بفساد الشرط

والعقد في هذه الصور :

وقد رأينا النصوص الفقهية المتقدمة تعلل فساد الشرط والعقد في هذه
الصور بعلمتين مختلفتين :

(١) وقد رأينا ما تقدم من النصوص أن شرط حمل المبيع إلى منزل المشتري فاسد بالاجماع
إذا لم يكن البائع والمشتري في بلد واحد ، فإن كانا معاً في المهر فالشرط جائز عند أبي حنيفة
وأبي يوسف استعسماً لجريان التعامل عليه ، وهو فاسد عند محمد أخذاً بالقياس لأنه شرط لا
يقضى العقد ولا يلائم مقتضى العقد وفيه منفعة للمشتري .

(العلة الأولى) أن الشرط ، ويتضمن منفعة تجوز المطالبة بها ، يكون زيادة منفعة مشروطة في عقد البيع ، وهي زيادة لا يقابلها عوض ، فهي ربا أو فيها شبهة الربا ، والمبيع الذي فيه الربا أو شبهة الربا فاسد .

(العلة الثانية) أن الشرط لا يقتضيه العقد حتى يصح قياسا ، ولا هو ملائم للعقد أو يجري به التعامل حتى يصح استحسانا ، وقد تضمن منفعة تجوز المطالبة بها ، فصار في ذاته عقدا آخر - أجرة أو أمانة أو بيعا أو قرضا أو هبة أو غير ذلك - تضمنه عقد البيع . وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ، وعن بيع وسلف ، وعن بيعتين في بيعة واحدة ، وعن صفقتين في صفقة واحدة . . . ومهما يكن من شأن صحة بعض هذه الأحاديث ، فقد أخذ بها المذهب الحنفي . وقد رأينا صاحب المبسوط يقول في هذا المعنى أن الشرط « فيه منفعة لأحد المتعاقدين والعقد لا يقتضيه ، لأنه إن كان بعض البدل بمقابلة العمل المشروط عليه فهو أجرة مشروطة في العقد ، وإن لم يكن بمقابلته شيء من البدل فهو إجارة مشروطة في البيع ، وهو مفسد للعقد » لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف وعن بيعتين في بيعة ، . . . ورأينا صاحب البدائع يقول : « إن اشترى بشرط الترك فالعقد فاسد بالإجماع ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا يلائم العقد ولا جرى به التعامل بين الناس ، ومثل هذا الشرط مفسد للبيع لما ذكرنا ، ولأنه لا يتمكن من الترك إلا بإعارة الشجرة والأرض وهما ملك البائع ، فصار بشرط الترك شارطا للإعارة ، فكان شرطه صفقة في صفقة وأنه منهي عنه ، . . . ورأينا صاحب فتح القدير يقول : « وكذلك لو باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً أو داراً على أن يسكنها ، أو على أن يقرضه المشتري دراهم ، فهو فاسد ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، وقد ورد في عين بعضها نهى خاص وهو نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف أي قرض . ثم خص شرطى الاستخدام والسكنى بوجه معنوى ، فقال ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من

الثمن . بأن يعتبر المسمى ثمنا بأزاء المبيع وبأزاء أجرة الخدمة والسكنى يكون أجرة في بيع ، ولو كان لا يقابلها يكون أجرة في بيع ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة ، .

٣ - العقود التي يكون فيها الشرط الفاسد مفصرا للعقد :

والظاهر من نصوص فتح القدير التي قدمناها أن الشرط الفاسد لا يفسد العقد إلا إذا كان مبادلة مال بمال ، كالبيع والإجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال . وقد ورد في المادة ٣٢٣ من مرشد الحيوان : « كل ما كان مبادلة مال بمال ، كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والمزارعة والمساقاة والقسمة والصلح عن مال ، لا يصح إقترانه . بالشرط الفاسد ولا تعليقه به ، بل تفسد إذا اقترنت أو علقت به . . . ومثل ذلك أجازة هذه العقود فإنها تفسد باقترانها بالشرط الفاسد وبتعليقها به ،

أما ما كان مبادلة مال بغير مال كالنكاح والخلع على مال ، أو كان من التبرعات كالهبة والقرض ، أو من التقييدات كعزل الوكيل والحجر على الصبي من التجارة ، أو من الإسقاطات المحضة كالإطلاق والعناق وتسليم الشفعة بعد وجوبها ، أو من الإطلاقات كالإذن للصبي بالتجارة ، وكذلك الإقالة والرهن والكفالة والحوالة والوكالة والإيصاء والوصية ، ففي هذه التصرفات كلها إذا اقترن العقد بالشرط الفاسد ، صح العقد ولغا الشرط (أنظر المواد ٣٢٤ - ٣٢٦ من مرشد الخيران) .

ويتضح مما تقدم أن الشرط الفاسد إذا اقترن بعقد هو مبادلة مال بمال تغلغل في صلبه فأفسده معه . والسبب في ذلك أن الشرط لما كان فاسدا فقد سقط ، ولما كان العاقد قد رضى بمبادلة ماله بمال المتعاقد الآخر على هذا الشرط ، وقد فات عليه ، فيكون غير راض بالمبادلة ، فيفسد العقد . وفي هذا يقول صاحب المبسوط : « لأن الشرط باطل في نفسه ، والمنفعة به غير

راض بدونه ، . وهذا السبب لا يقوم في التصرفات الأخرى (١) ومن ثم يسقط الشرط لأنه فاسد ، ولكن يبقى العقد على صحته (٢) .

ب- شرط فاسد يسقط ويبقى العقد

التصوي :

جاء في المبسوط (جزء ١٣ ص ١٥) : . . وإن لم يكن فيه منفعة لأحد فالشرط باطل والعقد صحيح ، نحو ما إذا اشترى دابة أو ثوبا بشرط ألا يبيع ، لأنه لا مطالب بهذا الشرط فإنه لا منفعة فيه لأحد ، وكان لغوا والبيع صحيح . ألا في رواية عن أبي يوسف قال يبطل به البيع ، نص عليه في آخر الزراعة ، لأن في هذا الشرط ضرراً على المشتري من حيث أنه يتعذر عليه التصرف في ملكه ، والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين . ولكننا نقول لا معتبر بعين الشرط ، بل بالمطالبة به والمطالبة تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر ، .

وجاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٧٠) : . إذا باع ثوباً على ألا يبيعه المشتري أو لايهيه ، أو دابة على ألا يبيعها أو يهبها ، أو طعاماً على ألا يأكله ولا يبيعه ، ذكر في المزارعة ما يدل على جواز البيع ، فإنه قال لو شرط أحد المزارعين في الزراعة على ألا يبيع الآخر نصيبه ولا يهبه فالمزارعة جائزة والشرط باطل . وهكذا روى الحسن في المجرد عن أبي حنيفة رحمه

(١) لا يقوم هذا السبب في التبرعات والتقييدات والاستقاطات والاطلاقات والتوقيعات والوكالة والأقالة . أما الإيضاء والوصية فلائها تصرفات بعد الموت فيجتز من إسقاطها ، وأما النكاح والمخلع على مال فلائها تصرفات خطيرة يحسن استبقاؤها ما أمكن ذلك .

(٢) وهذا شبيه بما هو مقرر في الفقه الغربي من أن الشرط الباطل يسقط الماوضات وأما في التبرعات فيسقط هو ويبقى التبرع .

الله . وفي الأملاء عن أبي يوسف أن البيع بهذا الشرط فاسد . ووجهه أنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا جرى به التعارف بين الناس ، فيكون مفسداً كما في سائر الشرائط المفسدة . والصحيح ما ذكر في المزارعة ، لأن هذا شرط لا منفعة فيه لأحد فلا يوجب الفساد ، وهذا لأن فساد البيع في مثل هذه الشروط لتضمنها الربا وذلك بزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض . ولم يوجد في هذا الشرط لأنه لا منفعة فيه لأحد ، إلا أنه شرط فاسد في نفسه لكنه لا يؤثر في العقد ، فالعقد جائز والشرط باطل . ولو باع ثوباً على أن يحرقه المشتري ، أو داراً على أن يخرّبها ، فالبيع جائز والشرط باطل ، لأن شرط المضرة لا يؤثر في البيع على ما ذكرنا .

وجاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٢١٥ - ص ٢١٦) : « أما لو كان المبيع ثوباً أو حيواناً غير آدمي ، فقد خرج الجواز عما ذكرنا في المزارعة من أن أحد المزارعين إذا شرط في المزارعة ألا يبيع الآخر نصيبه أو يهبه أن المزارعة جائزة والشرط باطل لأنه ليس لأحد العاملين فيه منفعة . وكذا ذكر الحسن في المجرد ، قال المصنف وهو الظاهر من المذهب ، لأنه إذا لم يكن من أهل الاستحقاق انعدمت المطالبة والمنازعة ، فلا يؤدي إلى الربا ، وما أبطل الشرط الذي فيه المنفعة للبيع إلا لأنه يؤدي إليه ، لأنه زيادة عارية عن العوض في عقد البيع وهو معنى الربا . »

شرط لا منفعة فيه لأحد وهو شرط فاسد فيسقط :

يتبين مما قدمناه من النصوص أن هناك شرطاً لا يقتضيه العقد ولا هو يلائم مقتضى العقد ولم يجربه التعامل ، وهو مع ذلك لا منفعة فيه لأحد . ومن الأمثلة على هذا الشرط التي وردت في النصوص : يبيع ثوباً أو دابة أو حيواناً غير الرقيق ويشترط على المشتري ألا يبيع أو ألا يهب ما اشتراه - يشترط أحد المزارعين على المزارع الآخر ألا يبيع أو ألا يهب نصيبه من

المزارعة - يبيع طعاما ويشترط على المشتري ألا يأكله ولا يبيعه - يبيع ثوبا ويشترط على المشتري أن يحرقه - يبيع داراً ويشترط على المشتري أن يخرّبها .
ففي هذه الامثلة يذهب الفقه الحنفي إلى أن الشرط المقترن بعقد البيع لا منفعة فيه لأحد (١) . ولما كان هذا الشرط لا يقتضيه العقد ، ولا هو يلائم مقتضى العقد ، ولم يجربه التعامل ، فليس ثمة ما يبرر تصحيحه ، ومن ثم كان فاسداً فيسقط .

ولكن العقد يبقى صحيحاً :

على أن هذا الشرط الفاسد الذي لا منفعة فيه لأحد ، لما لم يكن له مطالب لانعدام منفعته والمطالبة إنما تتوجه بالمنفعة ، فهو شرط لم يتمكن في صلب العقد حتى يسرى فسادُه إلى العقد ، ومن ثم يبقى العقد صحيحاً بالرغم من سقوط الشرط . فالشرط من حيث أنه فاسد يسقط ، ومن حيث أنه لا منفعة فيه لأحد يستبقى العقد صحيحاً . وهذا هو الظاهر في المذهب الحنفي (٢) .

(١) تقول يذهب الفقه الحنفي إلى أن الشرط لا منفعة فيه لأحد ، لأننا نرى ، خلافاً لما يذهب إليه الفقه الحنفي ، أن هذه المنفعة قد تتحقق في بعض الأحوال . فقد يشترط البائع على المشتري ألا يبيع أو يهب الشيء الذي اشتراه لمصلحة راعاهما المشتري في ذلك ، كأن يخشى منه السرف ويخاف أن يسرع إلى إضاعة ما اشتراه ، فشرط عليه ما فيه مصلحة له ، فيكون في الشرط منفعة المشتري . وقد يشترط أحد المزارعين على الآخر ألا يبيع أو ألا يهب نصيبه ، لأنه لا يريد أجنبياً يشاركه فيما تنتجه المزارعة ، والمزارعة كما هو معروف تقوم في الغالب على اعتبارات شخصية فيما بين المزارعين . والعادة أن العاقد لا يشترط شرطاً إلا إذا كان له غرض معقول يسمى إلى تحقيقه من نحو ما قدمناه ، ولا يتصور أن يشترط شرطاً لا منفعة فيه لأحد إلا في فروض غير مألوفة ، كأن يبيع الثوب ويشترط على المشتري أن يحرقه ، أو يبيع الدار ويشترط على المشتري أن يخرّبها .

(٢) ويذهب أبو يوسف ، في رواية عنه كما رأينا في النصوص ، أن اشتراط المزارع على المزارع الآخر ألا يبيع أو يهب نصيبه يفسد المزارعة . ولله نظر في ذلك إلى أن الشرط فيه منفعة لصاحبه من النحو الذي بيناه ، فيكون الشرط مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضى العقد ولا جرى به التعامل ، وهو مذكور فيه منفعة ، ومن ثم يكون مفسداً للعقد كما في سائر الفرائط المفسدة .

ويذكر المذهب لهذا الحكم علتين : (العلة الاولى) أن الشرط الذي يفسد العقد إنما أفسده لأن فيه زيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض ، إذ هو شرط فيه منفعة على النحو الذي بيناه ، فكان في ذلك ربا أو شبهة الربا ، والربا وشبهته يفسدان العقود . أما الشرط الذي نحن بصده فليس فيه منفعة لأحد ولا مطالب له ، فلم يوجد فيه معنى الزيادة التي لا يقابلها عوض ، فأنعدمت فيه شبهة الربا ، فلم يعد هناك مبرر لفساد العقد ، فبقى العقد صحيحا ، مع سقوط الشرط لفساده . (والعلة الثانية) أن الشرط الذي يفسد العقد إنما أفسده ، من جهة أخرى ، لأن فيه منفعة لها مطالب ، فكان صفقة في صفقة أو عقدا تضمنه عقدا آخر ، وهذا لا يجوز . أما الشرط الذي لا منفعة فيه لأحد وليس له مطالب ، فهو ليس بصفقة أو عقد ، فلم يتضمن البيع باقترانه به صفقة في صفقة أو عقدا في عقد ، فارتفع سبب الفساد عن البيع ، فبقى على صحته ، مع سقوط الشرط لفساده .

ومما هو جدير بالذكر أن الشرط الفاسد الذي لا منفعة فيه لأحد ، وأن سقط هو ، لا يفسد أي عقد اقترن به ، ولو كان هذا العقد مبادلة مال بمال ، للعلتين المتقدمتين . أما الشرط الفاسد الذي فيه منفعة فقد رأينا أنه يفسد العقود التي هي مبادلة مال بمال ، ولكنه لا يفسد التصرفات الأخرى بل يلغو الشرط ويبقى التصرف .

ونرى من ذلك أن الشرط الفاسد ، سواء كانت فيه منفعة لأحد أو أنعدمت فيه المنفعة ، لا يفسد التصرفات التي يقترن بها إذا كانت هذه التصرفات ليست مبادلة مال بمال . فان كانت التصرفات مبادلة مال بمال ، فأنها تفسد باقترانها بشرط فيه منفعة ، ولا تفسد باقترانها بشرط ليست فيه منفعة . وفي جميع الأحوال سواء فسد العقد أو لم يفسد ، يسقط الشرط الفاسد ذاته ، سواء تضمن منفعة أو لم يتضمن .

ثانياً - تأصيل المذهب الحنفي وتطور الفقه الإسلامى

١- سبب فساد العقد فى المذهب الحنفي

١ - السبب الحقيقى فى فساد العقد إذا اقترنه بالشرط :

علته نفريهاه إلى علة واحدة - تعدد الصفقة :

رأينا أن الفقه الحنفي يعلل كيف يفسد الشرط الفاسد العقد بعلمتين :
علة الربا وعلة تعدد الصفقة . وتكاد العلتان تتعادلان فى كتب الفقهاء ، بل
نعل علة الربا هى التى ترجح كفتها .

ولكن المتأمل فيما يورد الفقهاء عادة من أمثلة للشروط الفاسدة يرى
أن فكرة الربا إنما اتخذت تكئة لتعزيز فكرة تعدد الصفقة ، وإن فكرة
تعدد الصفقة هى التى يجب أن تقف عندها . ولكن لما كانت هذه الفكرة
انما تمت إلى محض الصناعة الفقهية ، فإن تعليل فساد العقد بها يكاد يكون
خفياً ، وهو على كل حال لا يبلغ من الوضوح ما يبلغه التعليل بفكرة الربا ،
فإن الربا فى الفقه الإسلامى لا يكاد يلقى ظله على شىء الا ويفسده ، ومن ثم
كان الأيسر على الفقهاء أن يلجأوا فى تعليل فساد العقد إلى فكرة الربا .

والواقع من الأمر أن فكرة تعدد الصفقة هى الفكرة التى تسيطر على
فساد العقد المقترن بالشرط ، بل أن فكرة الربا نفسها - لو سلمنا بها
جدلاً - ترد فى النهاية إلى فكرة تعدد الصفقة . ذلك أن كل مثل تورده
الفقهاء للشرط الفاسد الذى يفسد العقد يتضمن حتماً صفتين فى صفقة
واحدة ، ولا يتحتم أن يتضمن فكرة الربا . فالشرط الفاسد هو فى ذاته
صفقة تضمنها عقد البيع ، وقد يكون إجارة أو اعارة أو بيعاً آخر أو هبة
أو صدقة أو زواجا أو غير ذلك ، فإذا ما اقترن البيع بهذا الشرط أصبح
صفتين فى صفقة واحدة .

والشرط الفاسد قد لا يكون له مقابل من الثمن أو يكون له هذا المقابل.

فإن لم يكن له مقابل من الثمن ، فهنا تأتي فكرة الربا . إذ يقول الفقهاء أن الشرط يكون زيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض ، فيفسد العقد للربا . ولكن إذا صح أن تقوم فكرة الربا هنا ، فإنه مع ذلك يمكن الاستغناء عنها بفكرة تعدد الصفقة ، ويمكن القول بأن العقد الذي تضمن هذه الزيادة المشروطة في المنفعة دون عوض إنما يتضمن صفقة أخرى ، فأصبح صفتين في صفقة .

أما إذا كان الشرط له مقابل من الثمن ، فإن فكرة الربا لا تقوم . إذ تصبح زيادة المنفعة المشروطة في العقد يقابلها عوض ، فلا يمكن تعليل فساد العقد عندئذ إلا بفكرة تعدد الصفقة .

ومن هنا نتبين أن فكرة الربا لا تصلح لتعليل جميع الأحوال التي يفسد الشرط الفاسد فيها العقد ، فقد رأيناها لا تصلح إلا لتعليل بعض هذه الأحوال ، وحتى في هذا البعض يمكن الاستغناء عنها بفكرة تعدد الصفقة . أما فكرة تعدد الصفقة فتصلح لتعليل فساد العقد المقترن بالشرط الفاسد في جميع الأحوال دون استثناء .

على أن هناك ما هو أبعد مدى من ذلك ، فإن التعليل بالربا ، حتى في بعض الأحوال دون بعض ، قد لا يستقيم . فالربا لا يكون إلا في الأموال الربوية ، وهي المكيلات والموزونات عند الحنفية . فإذا كان البيع الذي اقترن بشرط فاسد لم يقع على مال ربوي ، لم تقم علة الربا بشطريها وهما القدر والجنس . فلا يصح تعليل فساد العقد في هذه الحالة بفكرة الربا .

ففكرة تعدد الصفقة تجب إذن فكرة الربا . وهي وحدها ، في رأينا ، التي ضيقت المذهب الحنفي ، وجعلت العقد يفسد إذا اقترن بالشرط . ففي هذا المذهب لا يجوز أن يتضمن العقد الواحد أكثر من صفقة واحدة ،

فإذا أضيف إلى هذه الصفقة صفقة أخرى ، ولو في صورة شرط ، فإن العقد يضيق بالصفقتين ويفسد ، فتسقط الصفقتان معاً .

السبب في تحريم تعدد الصفقة — ومرة العقد :

ويبقى بعد ذلك أن نسأل : ولماذا لا يجوز تعدد الصفقة في العقد الواحد ؟ هنا نجد نصوص المذهب الحنفي تتذرع بأحاديث كثيرة عن النبي عليه السلام ، فقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة ، وعن بيعتين في بيعة ، وعن بيع وشرط ، وعن بيع وسلف .

على أنه فضلاً عن أن بعض هذه الأحاديث موقوفة ، كالنهي عن صفقتين في صفقة وقد أمكن على كل حال تأويله على وجه آخر (١) ، وكالنهي عن بيع وشرط ، فإن هناك أحاديث أخرى صحت عن النبي عليه السلام تجيز اقتران الشرط بالعقد .

(١) جاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٢١٨) في هذا الصدد ما يأتي : « وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة . . . رواه أحمد عن أسود بن عامر عن شريك عن سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن منهود عن أبيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة . أما ثبوته فقد رواه البزار في مشنده عن أسود بن عامر وأعل بعض طرقه ، ورجح وقفه . وبالوقف رواه أبو نعيم أبو عبد القاسم بن سلام . وأما معناه ففسره المصنف بما سمعت . وفسره أبو عبيد القاسم بن سلام بأن يقول الرجل الرجل أبيعك هذا نقداً بكذا ونسيته بكذا ، ويفترقان عليه ، انتهى ، ورواية ابن حبان للحديث موقوفة الصفقة في الصفقتين ربما تؤيد تفسير المصنف ، ثم أنه أقرب تبادراً من تفسير أبي عبيد وأكثر فائدة ، فإن كون الثمن على تقدير التقدير ألفاً وعلى تقدير النسيئة ألفين ليس في معنى الربا ، بخلاف اشتراط نحو السكنى والخدمة . واعلم أنه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيعتين في بيعة ، وبظهر من كلام بعض من يتكلم في الحديث ظن أنه معنى الأول ، وليس كذلك بل هذا أخس منه ، فإنه في خصوص من الصفقات وهو البيع ، وفسره الشافعي بأن يقول أبيعك داري هذه بكذا على أن تبني غلامك بكذا فإذا وجب لي غلامك وجبت لك داري . وهذا حديث صحيح رواه الترمذي والنسائي وقال الترمذي حسن صحيح ، ورواه مالك بلاغاً . »

ونظالع هنا صفحة من المبسوط ، ترددت في كتب كثيرة (١) ، نرى فيها كيف تعددت الأحاديث في هذه المسألة . بعضها يحيز الشرط فيجيز معه العقد ، وبعضها يسقط الشرط ويحيز العقد ، وبعضها يسقط الشرط والعقد معاً :

قال السرخسي في المبسوط (جزء ١٣ ص ١٣) : دحكي عن عبد الوارث ابن سعيد قال : حججت فدخلت بمكة على أبي حنيفة وسألت عن البيع بالشرط ، فقال باطل . فخرجت من عنده ودخلت على ابن أبي ليلى وسألته عن ذلك ، فقال البيع جائز والشرط باطل . فدخلت على ابن شبرمة وسألته عن ذلك فقال البيع جائز والشرط جائز . فقلت هؤلاء من فقهاء الكوفة ، وقد اختلفوا على في هذه المسألة كل الاختلاف ، فعجزني أن أسأل كل واحد منهم عن حجته . فدخلت على أبي حنيفة فأعدت السؤال عليه ، فأعاد جوابه ، فقلت أن صاحبك يخالفك ، فقال لا أدرى ما قال ، حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله تعالى عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط . فدخلت على ابن أبي ليلى فقلت له مثل ذلك ، فقال لا أدرى ما قال ، حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها لما أرادت أن تشتري بريرة رضي الله عنها أبي موالها إلا بشرط أن يكون الولاء لهم ، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال صلوات الله عليه وسلامه اشترى واشترطى لهم الولاء فإن الولاء لمن أعتق ، ثم خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، كتاب الله أحق ، وشرط الله أوثق ، والولاء لمن أعتق . فدخلت على ابن شبرمة وقلت له مثل ذلك ، فقال لا أدرى ما قال ، حدثني محارب بن دثار عن أبي الزبير

(١) انظر على سبيل المثال : فتح القدير جزء ٥ ص ٢١٤ - المواق على الخطاب جزء ٤

ص ٢٧٢ - المحلى لابن حزم جزء ٨ ص ٤١٥ - ص ٤١٦ .

عن جابر بن عبد الله الأنصاري رضي الله تعالى عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى منه ناقة في بعض الغزوات وشرط له ظهرها إلى المدينة .

فالأحاديث كما نرى مختلفة متضاربة ، ولا بد من التوفيق بينها . وكان من الممكن أن يكون هذا التوفيق لمصلحة اقتران الشرط بالعقد . لا سيما أن أدلة المانعين الكثير منها متكلف (١). فما الذي جعل المذهب الحنفي يؤثر النهي عن الشرط ، ويجعله هو المسيطر في هذه المسألة ، ويدع الأحاديث الأخرى ؟

الواقع من الأمر أن فكرة النهي عن تعدد الصفقة — فضلا عن أنها وردت في أحاديث عن النبي عليه السلام — هي الفكرة الطبيعية التي تتفق مع تطور القانون . فهي الفكرة الأولى التي يقف عندها نظام قانوني ناشئ ، في توخي الدقة في التعاقد يتحرى البساطة في العقد ، وتكون وحدة العقد مبدأ جوهرياً من مبادئه ، ومن ثم لا يجوز أن يتضمن العقد أكثر من صفقة واحدة وإلا أخل ذلك بوحدته . بل لعل الفقه الإسلامي استغنى بهذه الفكرة وأمثالها — كفكرة اللفظية وفكرة مجلس العقد — عن الشكلية في العقود ، تلك الشكلية التي بدأت في القانون الروماني رسوماً وأوضاعاً ساذجة ، وجاءت في الفقه الإسلامي ضرباً من الشكلية أكثر تهذيباً .

ولعل فكرة وحدة الصفقة في العقد الواحد لم يخلص منها أي نظام قانوني مهذب في مراحله الأولى من التطور . فأنها الفكرة التي تلائم العقل القانوني عندما يبدأ في تشييد صرح من النظم القانونية ، فهو يتحرى لها الثبات والاستقرار عن طريق وحدة العقد ، إذ أن حاجة القانون إلى الثبات والاستقرار تسبق في تاريخ تطوره حاجته إلى المرونة والتجدد .

(١) ويكفي للاستبناق مما نقول الرجوع إلى هذه الأدلة كما بسطها ابن حزم في المحلى (جزء ٨ ص ٤١٣ وما بعدها) وفي الأحكام (جزء ٥ ص ١٤ وما بعدها). أنظر أيضاً رسالة الأستاذ زكي الدين شعبان (غير مطبوعة) ص ٥٢ - ٥٥ .

وها هو أهرنج (Ihering) ، أكبر فقهاء الألمان في القرن التاسع عشر ، يحدثنا عن هذه الفكرة في القانون الروماني نفسه وهو يتطور في مراحلها الأولى ، ثم يحدثنا كيف تركها هذا القانون بعد أن استكمل تطوره . ولو كان الفقه الإسلامي نقل عن القانون الروماني ، كما يزعم بعض المستشرقين ، لما رأينا لفكرة تعدد الصفقة فيه أثرا ، بل لرأيناه قد أغفلها كما أغفلها القانون الروماني عندما وصل إلى المرحلة التي قيل أن الفقه الإسلامي نقل عنه فيها . ولكن على النقيض من ذلك نرى الفقه الإسلامي ، لاسيما المذهب الحنفي ، متأثرا بهذه الفكرة كل التأثر ، مما يقطع في أنه تطور تطورا مستقلا بعيدا عن القانون الروماني ، واجتاز مثله مراحل التطور نفسها دون أن يتأثر به .

٢ - نظرية أهرنج في وحدة الدعوى ووحدة العقد :

رأى أهرنج في فكرة وحدة الصفقة في تطور الفكر القانوني :

وننتقل الآن إلى ما يقرره أهرنج في فكرة وحدة الصفقة في تطور الفكر القانوني ، متخذنا تطور القانون الروماني مثلا له في ذلك . يقول أهرنج في كتابه المعروف «روح القانون الروماني» (L' Esprit du droit romain) (جزء ٤ ص ١٠ - ص ٢٣٤) ما نلخصه فيما يأتي :

أن الصناعة القانونية المهذبة في نظام قانوني محكم تقتضي في مراحلها الأولى تبسيط الفكرة القانونية عن طريق التقسيم والتحليل ، وذلك بغية الوصول إلى العناصر الأولى التي تتكون منها أدوات الصناعة القانونية . ومن أهم أدوات هذه الصناعة التصرف القانوني (العقد) وهو الذي ينشئ الحق ، والدعوى التي هي جزء الحق .

وتتوخى الصناعة القانونية ، في الشوط الأول ، التبسيط في هذه الأدوات . وأول مبادئ هذا التبسيط هي الوحدة : الوحدة في الدعوى

والوحدة فى التصرف القانونى . ذلك أن أول ضرورات الصناعة القانونية هو الاستقرار وثبات التعامل . ثم أن حاجات الحياة تقتضى التجديد والتطور ، فيجب التوفيق ما بين الاستقرار والثبات من جهة والتجديد والتطور من جهة أخرى . ومبدأ الوحدة يهيء الفرصة لهذا التوفيق ، فالوحدة ترسى دعائم الاستقرار والثبات ، ثم هى تصلح أساساً صلباً يقوم عليه بناء شامخ من التجديد والتطور .

ولننظر الآن كيف تكون الوحدة فى الدعوى وكيف تكون الوحدة فى العقد .

الوحدة فى الدعوى — وحدة الطلب :

والدعوى فى الصناعة القانونية القديمة هى الحق ذاته متحركاً أمام القضاء . وكان طريق الرومان إلى تكوين قانونهم العتيق هو طريق الدعوى ، ولا يكادون فى صناعتهم القانونية القديمة يعرفون الحق إلا عن طريق الدعوى . وفى تاريخ التطور القانونى تسبق قوانين الاجراءات القوانين الموضوعية ، وتتقدم الدعوى الحق . ثم يتطور القانون ، فيبرز الحق فى المكان الأول ، وتتبعه قوانين الاجراءات متأخرة عنه فى المكان الثانى .

وتبدأ الدعوى ، ويبدأ العقد ، تسودهما البساطة التامة ، بساطة تقوم على التقسيم والتحليل ، وتوفى الخلط والمزج ، فلا يجتمع فى أى منهما شيان من نوعين مختلفين ، بل ولا شيان من نوع واحد . فالوحدة التى تقوم على التمييز بين العناصر الأولية ، والوقوف عند كل عنصر منهما منفرداً ، هى الأساس الذى شيدت عليه الصناعة القانونية القديمة صرحها الشامخ : وحدة فى الدعوى فلا تتضمن إلا طلباً واحداً ، ووحدة فى العقد فلا يتضمن إلا صفقة واحدة .

ولما كان أهرنج يدرس الصناعة القانونية القديمة فى القانون الرومانى ،

فقد كان بحثه يتناول الدعاوى فى القانون الرومانى ذاته ، وهى دراسة قيمة تفيد الباحثين فى تطور الصناعة القانونية بوجه عام ، سواء كانت فى القانون الرومانى أو فى الفقه الإسلامى أو فى غيرهما من النظم القانونية الأصلية . وننظر الآن ماذا يقول أهرنج عن الصناعة القانونية القديمة فى دعاوى القانون الرومانى .

أول مبدأ يسود هذه الدعاوى القديمة هو أن الدعوى الواحدة لا يجوز أن تتضمن إلا طلباً واحداً . فإذا تضمنت الرابطة القانونية عدة طلبات ، وجب فصل كل طلب عن الطلبات الأخرى ، ورفع دعوى مستقلة بكل طلب على حدة ، بحيث لا تشمل الدعوى الواحدة غير طلب واحد . وفى هذا الطلب الواحد ، العبرة فى حالة الشئ المتنازع فيه بوقت انعقاد الخصومة (litis-contestatio) . وفى هذا الوقت تتركز الدعوى ، ومهما طرأ على الشئ المتنازع فيه من تغيرات أثناء نظر الدعوى ، زاد أو نقص أو زال أو دخلت فيه تعديلات بسيطة أو جسيمة ، فالعبرة بحالته وقت انعقاد الخصومة ، أما ما طرأ عليه بعد ذلك فلا يلتفت له ، بل يكون موضوعاً لدعاوى أخرى جديدة .

قلنا إن الدعوى الواحدة لا يجوز أن تشمل إلا على طلب واحد ، وإنه إذا تضمنت الرابطة القانونية طلبات عدة وجب فصل كل طلب عن الطلبات الأخرى ورفع دعوى مستقلة به . فإذا غير شخص مثلاً اتجاه المسيل الذى لجاره على أرضه إضراراً بهذا الجار ، كان على الجار أن يرفع دعاوى أربعاً كل دعوى مستقلة عن الدعاوى الأخرى : (١) دعوى إرجاع الشئ إلى أصله ، أى بازالة الانحراف الذى استحدث فى اتجاه المسيل (٢) ودعوى للمطالبة بتعويض عما حدث من ضرر بسبب هذا العمل (٣) ودعوى بتقديم كفيل لما قد يستحدثه المدعى عليه من انحراف فى اتجاه المسيل بعد صدور الحكم (٤) ودعوى عما قد يستحدثه المدعى عليه من انحراف فى اتجاه المسيل أثناء نظر الدعوى الأولى . وإذا أراد شخص أن يسترده أشياء عدة ، وجب عليه أن يرفع دعوى استحقاق مستقلة لكل من هذه الأشياء . وكذلك إذا

أراد المقرض استرداد القرض وفوائده، وجب أن يرفع دعويين على المقرض:
(١) دعوى باسترداد القرض ومصدرها عقد القرض العيني (٢) ودعوى
للمطالبة بالفوائد ومصدرها عقد آخر (stipulation) اتفق فيه على الفوائد ،
مستقل عن عقد القرض .

بقي أن نعرف ماهو المعيار لو حدة الطلب التي تقوم عليها وحدة الدعوى؟
يكون الطلب واحدا متى كان سببه القانوني ، أي المصدر الذي أنشأه ، سببا
واحدا ، ولو تعددت الأشياء التي يتضمنها الطلب . فإذا كان سبب الملك
واحدا ، ولو تعددت الأشياء المطالب بها ، اعتبرت المطالبة بهذه الأشياء
جميعا طلبا واحدا ، كما إذا طالب المشتري بأرض ومواش وآلات زراعية
بيعت له جميعا بعقد بيع واحد في صفقة واحدة ، وكما إذا طالب الوارث
بنصيبه في الميراث في تركة واحدة وكانت تتضمن نقودا ومنقولات
وعقارات مختلفة . وإذا كان مصدر الالتزام واحدا ، فإن الطلب يكون
واحدا ، ولو تعددت الأشياء المطالب بها ، كما إذا طالب المقرض المقرض
برد مقادير من أصناف مختلفة أقرضه أياها بعقد قرض واحد . وكما إذا
طالب المؤجر المستأجر برد أشياء متنوعة أجرها إياه بعقد إيجار واحد ،
أما إذا تعدد سبب الملك ، أو تعدد مصدر الالتزام ، فلا بد من تعدد الدعوى

الوحدة في الدعوى — وحدة الدفع :

وكما أن الدعوى لا يجوز أن تشتمل إلا على طلب واحد ، كذلك لا يجوز
للمدعى عليه أن يجيب عن الدعوى إلا بنعم أو لا . فالدعوى لا يجوز دفعها
إلا بدفع واحد هو محض الإنكار ، ولا يجوز للمدعى عليه أن يدفع الدعوى
بطلب جديد مستقل عن طلب المدعى ، كأن يدفع بأن له على المدعى دينا
مقابلا للدين المدعى به ، فإن هذا الطلب المستقل الذي يدفع به الدعوى
يجب أن يكون موضوعا لدعوى أخرى مستقلة عن الدعوى الأولى .

وقد تقوم صعوبة في مثل هذا النظام فيما إذا غالى المدعى في طلبه ، فادعى مثلاً بمائتين وليس له إلا مائة ، فإن المدعى عليه في هذه الحالة لا يستطيع أن ينكر المديونية إنكاراً مطلقاً فإن عليه مائة ، ولا يستطيع الإقرار بها إقراراً مطلقاً فليس عليه مائتان . لذلك جعل عقاب من يطلب المائتين وليس له إلا مائة أن ترفض دعواه كلها ، وأجيز للمدعى عليه في هذه الحالة أن يدفع الدعوى بالإنكار ، وما دام المدعى لا يستطيع أن يثبت أن له مائتين كان المدعى عليه محقاً في الإنكار ولو ثبت أن في ذمته مائة . ومن ثم كان المدعى يجبر على أن يتقدم بدعواه بحيث يكون الحق الذى يدعيه هو حق ثابت له في ذمة المدعى عليه وقت رفع الدعوى ، وذلك حتى يتيسر للمدعى عليه أن يجيب على الدعوى بنعم أو لا .

على أن المدعى قد يستشعر حرجاً إذا لم يكن عارفاً وقت رفع الدعوى بمبلغ حقه على وجه الدقة ، كما إذا كان يطالب بتعويض عن عمل غير مشروع . فإذا جاوز في مطالبته مقدار الحق عن حسن نية ، تعرض لإنكار المدعى عليه وخسارة الدعوى . من أجل ذلك أجيز للمدعى في مثل هذه الحالة ألا يحدد مبلغاً معيناً ، وأن يقتصر على أن يطلب تحديد المبلغ بواسطة القاضى .

وقد ترتب على وجوب وحدة الدفع ، فى الدعاوى التى قد يستعصى الدفع فيها على هذه الوحدة ، أن اخترعت وسائل تجعل هذه الوحدة ممكنة ، فيستطيع المدعى عليه أن يجيب عن الدعوى بنعم أو لا .

من ذلك مثلاً إذا رفعت الزوجة ، بعد انحلال الزواج ، دعوى باسترداد مهرها ، وكان الزوج قد أنفق مصروفات على المهر من حقه أن يستردها ، فإن الزوجة تجبر فى هذه الحالة على أن تخصم هذه المصروفات من المهر ، فتكون الدعوى مقصورة على الباقي بعد خصم المصروفات ، وهنا يتيسر للمدعى عليه أن يجيب عن الدعوى بالإقرار أو بالإنكار . كذلك الحال إذا رفع

الموصى له دعواه بوصية تزيد على النصاب القانوني ، فيجب عليه أن ينقصها إلى حد هذا النصاب ، ولا يطالب إلا بهذا القدر . وهذا هو أيضا الحكم في مطالبة الابن أو العبد رب الأمرة بحوزته (*pécule*) ، إذ يجب عليه أن ينضم ما لرب الأمرة من حق على الحوزة ولا يطالب إلا بالباقي .

ثم انتهى الأمر في تطور الإجراءات إلى أن القاضي ، في بعض الحالات كان يتدخل في الدعوى ، فيتحكم في توجيهها لتكييفها تكييفاً يسمح للمدعى عليه أن يجيب عليها بمطلق الاقرار أو الانكار . ونذكر من هذه الحالات اثنتين :

١ - إذا ادعى المدعى عليه حقاً في ذمة المدعى يقابل الحق الذي يدعيه هذا ، فإن القاضي يناقش هذا الحق حتى يتثبت من وجوده ، فإذا كانت الدعوى بمائة ، وتثبت القاضي من أن للمدعى عليه في ذمة المدعى عشرين ، فإن المدعى عليه ، بعد تثبت القاضي من ذلك ، يجبر على أن يحور دعواه فلا يرفعها إلا بثمانين ، حتى لا يكون هناك طلبان أمام القضاء أحدهما بمائة يطلبها المدعى والآخر بعشرين يطلبها المدعى عليه ، بل لا يكون هناك إلا طلب واحد هو الثمانون التي اقتصر عليها المدعى .

٢ - قد يختار المدعى صورة للدعوى التي يرفعها ، فيحورها القاضي إلى صورة أخرى تتلاءم مع موقف المدعى عليه من الدعوى . مثل ذلك أن يرفع المدعى دعوى يطالب فيها بملكيته عن طريق الميراث لأشياء في يد الحائز . فينظر القاضي إلى موقف الحائز ، هل يدفع الدعوى بأنه هو الوارث دون المدعى ، فعند ذلك يجعل المدعى يرفع دعواه في صورة دعوى ميراث حتى يستطيع المدعى عليه أن يجيب عنها بمطلق الانكار . أو أن الحائز لا يدفع الدعوى بأنه هو الوارث ولكن يدفعها بأنه هو المالك لهذه الأشياء منذ البداية ، فلكي يتيسر للمدعى عليه أن يدفع الدعوى بمطلق الإنكار

يجعل القاض المدعى يرفع دعواه لا في صورة دعوى ميراث بل في صورة دعوى استحقاق .

الوعدة في العقد — وعدة الموضوع :

الوحدة في العقد كانت تضاهي الوحدة في الدعوى ، والعقد كالدعوى كانت تسوده البساطة التامة ، فكان لا يشتمل إلا على صفقة واحدة ، ولا ينشئ إلا حقاً واحداً ، وبقدر تعدد الصفقات والحقوق كان من الواجب أن تتعدد العقود . كان لا يجوز أن يجتمع حقان من طبيعة مختلفة ، حق عيني وحق شخصي ، في عقد واحد ، بل كان لا يجوز أن يجتمع حقان من طبيعة واحدة في عقد واحد ، سواء كانا حقين عينيّين أو حقين شخصيين .

كان لا يجوز أن يجتمع حق عيني وحق شخصي في عقد واحد . ويتجلى أثر ذلك في الرهن ، فقد بدأت فكرة الرهن تدخل النظام القانوني على الوجه الآتي : كان الراهن ينقل ملكية العين المرهونة إلى الدائن المرتهن ، ثم يفرض عليه التزاماً أن يعيد إليه هذه الملكية عند وفاء الدين المضمون بالرهن ، فكانت عملية الرهن على هذا الوجه تتضمن نقل حق عيني وإنشاء التزام شخصي . ولكن لم يكن يجتمع الأمران معاً في عقد واحد ، فينقل الراهن في العقد ملكية العين المرهونة ويشترط في نفس العقد أن تعاد إليه الملكية عند وفاء الدين . بل كانت الملكية تنقل إلى المرتهن في عقد شكلي (mancipatio) مستقل ، والالتزام بإعادة نقلها إلى الراهن يفرض في عقد شكلي آخر (convention accessoire de la fiducia) متميز عن العقد الأول .

كذلك إذا أراد المولى أن يعتق عبده وأراد في الوقت ذاته أن يخدمه العبد بعد العتق ، لم يكن المولى يستطيع في عقد واحد أن يجمع بين العتق واشتراط الخدمة . بل كان عليه أن يعتق العبد بتصرف قانوني قائم بذاته غير مقترن بأي شرط ، ثم يشترط عليه الخدمة في عقد آخر متميز عن التصرف الذي تضمن الإعناق .

وكان أيضاً لا يجوز أن يجتمع حقان عينيان في عقد واحد ، كأن يجتمع حق الملكية مع حق الارتفاق . حتى أن المالك كان إذا أراد أن ينقل ملكية العقار إلى شخص آخر على أن ينشئ لمصلحته حق ارتفاق على هذا العقار ، لم يكن ينقل ملكية العقار كاملة ثم يشترط في العقد ذاته إنشاء حق الارتفاق ، بل كان ينقل حق الملكية منقوصاً منه حق الارتفاق الذي يستبقه لنفسه . فلم يكن العقد يتضمن صفقتين ، إحداهما نقل حق الملكية والأخرى إنشاء حق الارتفاق ، بل كان يتضمن صفقة واحدة هي نقل الملكية الناقصة بعد الاحتفاظ بحق الارتفاق ، ولم يكن حق الارتفاق ينشأ بالعقد ، بل يستبق على أصل الملك الأول .

وكان أخيراً لا يجوز أن يجتمع حقان شخصيان في عقد واحد ، كبيع وإيجار أو بيع وقرض . ذلك أن الصناعة القانونية كانت تقضي بأن يكون لكل عقد صيغة خاصة لا يتعقد إلا بها ، ولا يتعقد بها غيره من العقود . وكان يراد بذلك تبسيط التعاقد ، فلا تجتمع صفقات متعددة في عقد واحد حتى لا يتعقد التعامل . ومن ثم كان المتعاقدان لا يستطيعان استعمال صيغة عقد البيع في الوقت الذي يستعملان فيه صيغة عقد الإيجار أو صيغة عقد القرض ، وكان لا يمكن تبعاً لذلك أن يجمع المتعاقدان صفقتين في صفقة واحدة (١) .

(١) وقد استثنت الوصية من المبدأ القاضي بوحدة التصرف القانوني ، فكان من الجائز أن تتضمن الوصية تصرفات متعددة . ذلك أن الوصية هي أداة التصرف لما بعد الموت ، فكان من الطبيعي أن تتضمن مجموع التصرفات التي يريد الإنسان نقاذاها بعد موته . ولم تكن الوصية في الواقع من الأمر تصرفاً واحداً يقابل تصرفاً فردياً من التصرفات ما بين الأحياء ، بل كانت هي مجموع التصرفات التي تنفذ بعد الموت ، وهذا المجموع هو الذي يقابل مجموع التصرفات التي تنفذ حال الحياة . فكانت الوصية في القانون الروماني تتضمن في العادة طائفة من التبرعات الوصائية وتعين الأوصياء وإقامة الورثة وعتق الأرقاء وغير ذلك من التصرفات التي يراد نقاذاها بعد الموت . وساعد على إمكان تعدد التصرفات في الوصية الواحدة أن الوصية في القانون الروماني القديم لم تكن تصرفاً قانونياً خصباً ، بل كان يصدر بها قانون من مجلس الشعب (أهرنج : روح القانون الروماني جزء ٤ ص ١٤٤ - ص ١٤٧) .

الوحدة في العقد — وحدة الزمان والمكان :

ثم أن العقد ، طبقاً للصناعة القانونية القديمة ، هو أيضاً وحدة زمانية .
ففي وقت معين — هو الوقت الذي يبرم فيه العقد — يتركز كل شيء يتعلق
بهذا العقد من ناحية تمامه والفراغ منه ، ومن ناحية الشروط الواجب
توافرها فيه ، ومن ناحية الآثار التي تترتب عليه .

١ — فمن ناحية تمام العقد والفراغ منه تتجلى وحدة الزمان في أن
المتعاقدين يجب أن يحضراً في مكان واحد ، وأن يبرموا العقد في وقت واحد .
ذلك أن وحدة الزمان تقتضي وحدة المكان ، ففي مكان واحد وفي وقت
واحد يبرم العقد الواحد ، وذلك هو مجلس العقد . ويقول أهرنج (روح
القانون الروماني ٤ ص ١٤٩) في هذا الصدد : « في جميع التصرفات القانونية
التي تستلزم اشتراك أشخاص متعددين ، كانت وحدة التصرف تقتضي حضور
هؤلاء الأشخاص في مكان واحد . فالوحدة في العقد ، أي الوحدة في الزمان ،
تقتضي الوحدة في المكان ، . ومن ثم كان لا يجوز أن يدخل على العقد ، بعد
إبرامه ، أي تعديل . وإذا أريد تعديل العقد ، وجب أولاً إنهاؤه ، ثم
إبرام عقد جديد ينشئ ابتداءً الروابط القانونية على الوجه المعدل . ذلك أن
جواز تعديل العقد مع بقاء قائماً يخل بالوحدة الزمانية في إبرامه ، فقد كان
ينبغي جمع كل التعديلات المطلوبة وإدماجها في العقد وقت إبرامه حتى
تتحقق الوحدة في الزمان (١) .

٢ — ومن ناحية الشروط الواجب توافرها في العقد ، من حيث أهلية
المتعاقدين ومن حيث محل العقد ، فإن هذه يجب أن تتوافر جميعاً وقت

(١) أهرنج في روح القانون الروماني ٤ ص ١٥٢ — على أن اتساع الرقعة الجغرافية
وتعدد طرق المواصلات وانتشار الحضارة ، كل أولئك دعا بعد ذلك إلى استعمال وسائل المراسلة
من رسول وكتاب ونحو ذلك . فوجد العقد بالتراسل وبالكتابة ، واختلت وحدة
الزمان والمكان .

إبرام العقد ، فتركز كلها في هذه الوحدة الزمانية ، ولا يجوز أن يتأخر أى شرط منها عن هذا الوقت أو أن يتقدم . فإذا أبرم العقد بقى كما نشأ وقت إبرامه : إذا فقد شرطاً فإنه لا يصح حتى لو توافر هذا الشرط بعد ذلك . أو حتى لو كان هذا الشرط متوافراً قبل ذلك . لا يستمد العقد حياته لا من المستقبل ولا من الماضى ، بل يستمدّها من الحاضر ، في الوقت الذى يبرم فيه (١) . وفي هذا الوقت بالذات يجب أن توجد عناصر حياته جميعاً ، أى أن تتوافر الشروط القانونية الواجبة لقيامه .

ففي وقت إبرام العقد يجب أن تتوافر الأهلية الواجبة في كل من المتعاقدين . فإذا اختلفت الأهلية لم يصح العقد ، حتى لو توافرت الأهلية بعد ذلك وأراد المتعاقد الذى استكمل أهليته أن يميز العقد ، فإن الإجازة لا تعتبر .

ويجب أن يكون محل العقد موجوداً معيناً مشروعاً وقت إبرام العقد . فلا يجوز لشخص أن ينقل للغير حقاً لا يملكه وقت التعاقد ، ولا يجوز أن ينزل عن حق لم يكن له وقت أن نزل . ومن ثم لا يجوز كفالة دين مستقبل ولا التعامل في شيء مستقبل ، مادام الدين لم يكن موجوداً وقت إنشاء الكفالة أو الرهن ، ومادام الشيء كان معلوماً وقت التعامل فيه . كذلك لا يجوز التعامل في شيء غير معين تعييناً تاماً أو غير مشروع وقت التعاقد . ويمكن أن تتوافر الشروط القانونية في التصرف وقت إبرامه ، ولا عبرة بعد ذلك بتخلف هذه الشروط بعد أن تم إبرام العقد . أما ما انتهت إليه

(٢) ويقول أهرنج : «إن التصرفات في القانون الرومانى القديم تقوم كاملة منذ الساعة الأولى من وجودها ، تتعدى الماضى والمستقبل . فلا الماضى له أثر فيها ، إذ هى تستبعد كل ما يتعلق به ، وذلك بفضل التمييز بين تصرف استكمل صورته وبين المساومات التى تقدمته . ولا المستقبل بمستطير أن ينال منها ، فهى منذ أن تقوم تصير ثابتة في مشتملاتها وتصبح غير قابلة للتغيير . ولا تختمل إضافة لاحقة ، ولا يعوزها الحسم والتجديد . تنبذ كل مسألة يكون المستقبل وحده كفيلاً محلها ، وتستعصى على أى سبب يكون من شأنه أن يقف من آثارها ، ومن ثم تقوم مستكملة الذات ، مطلقة الوجود ، على أساس من الحاضر الثابت الأكيد » (أهرنج ٤ ص ١٧٣) .

الصناعة القانونية الحديثة ، بعد تطور القانون ، من إفساح المجال للتعامل في الأشياء المستقبلية وفي الأشياء المدومة وفي الأشياء غير المعينة تعيينا كافيا . فهذه مرونة كان من الخطر التسليم بها في الصناعة القانونية القديمة ، إذ كانت تطلق العنان للتحكم والفوضى ، وكانت لا تستطيع أن تمسك بزمام القانون لتجعله قائما على أساس صلب من الثبات والاستقرار . ولم يكن يجوز للصناعة القانونية في مراحلها الأولى أن تتخلى عن هذه الصلابة وهذا التشدد ، فبفضلهما تمكنت من السيطرة على الأوضاع القانونية والأحكام بزماتها وتوجيهها التوجيه الواجب . وكان لا بد للصناعة القانونية في بداية أمرها من أن تضحي بالمرونة والتجدد في سبيل المحافظة على ثبات الأوضاع القانونية واستقرارها . فأن هذا الثبات والاستقرار هما اللذان مكنا للأوضاع القانونية من أن تستكمل تكوينها ، فتستطيع ، بعد أن تقوم على أساس ثابت ، أن تتطور بعد ذلك لمجاراة مقتضيات الحضارة ، وأن تنطوى على المرونة الواجبة دون أن يخشى عليها من أعاصير التقلبات إذا ما تعرضت لها دون أن تكون قد استكملت مقوماتها الذاتية وكيانها الراسخ (١) .

على أنه إذا كان التصرف في الصناعة القانونية القديمة يعيش عادة في الحاضر ، فأن ضرورات التعامل لم تلبث أن اقتضت إخضاع المستقبل لسيطرته . فقد يرى شخص أنه سيكون في حاجة إلى مسكن مثلا بعد ستة أشهر ، فهل ينبغي أن يتربص إلى انقضاء هذه المدة ، ثم يبحث بعد ذلك عن

(١) أهرنج ٤ ص ١٦٢ وأنظر أنها ص ١٠ - ص ١٣ - ثم ص ٨ - ص ٩ حيث يقول : « يسبق الاستعداد الحربية . . . وكذلك الأمر في الصناعة القانونية . فأن هذه الصناعة قبل أن تبلغ مرحلة الحرية مرت بمرحلة الاستعداد . وهي إلى أن تصل إلى مرحلة الحرية تراها تحمل آثار المرحلة الأولى ، مرحلة تنقسم من جهة بالنظام والبساطة الذين لا مأخذ عليهما وبالضبط والدقة الحساية وبالمنطق الذي لا يخطئ ، وتنقسم من جهة أخرى ، كئمن لهذه المزايا ، بالصلابة والاسباب والنقل والتعامل . فالصناعة القانونية القديمة لا تواجه العقبات التي تقترضها ، بل هي لا تهجم عن ألف والدوران حولها ، إلى أن تصل غايتها . . . وأن الصلابة في منطق الصناعة القانونية القديمة ليصل إلى حد يبعث على الظن أنها لم تكن دائما محلا لتطبيق العملي ، وإنما إنما اخترعت لأغراض تعليم المدرسي ، بمثابة رياضة حسابية للقانون » .

منزل صالح يستأجره لسكنائه؟ ولو أنه عثر على هذا المنزل منذ الآن، ألا يستطيع أن يستأجره فوراً على أن يبدأ الإيجار بعد ستة أشهر؟ وإذا كنت أعزم بناء دار، وقدرت أن هذه الدار لا بد أن يكون لها حق ارتفاق على عقار مجاور، أليس من المعقول أن أتعاهد منذ الآن، وقبل بناء المنزل، مع الجار على حق الارتفاق اللازم معلقاً على شرط بناء المنزل؟ من هنا كانت الحاجة إلى الأجل والشرط حاجة مبكرة في مراحل تطور القانون، والأجل والشرط يمثلان كما نرى سيطرة التصرف القانوني على المستقبل. ولكن الصناعة القانونية القديمة لم تكن لتسمح أن يختل في التصرف القانوني وحدة الزمان، ولم تكن لتبيح أن يكون التصرف ذاته هو المضاف إلى الأجل أو المعلق على الشرط، بل يجب أن يكون التصرف منجزاً حتى تتحقق الوحدة الزمانية في الحاضر، والدين الذي ينشأ من التصرف القانوني هو الذي يكون مؤجلاً أو معلقاً على شرط. على أن هناك فرقاً واضحاً بين الأجل والشرط. فالدين المؤجل موجود، بل هو كامل الوجود، منذ صدور التصرف القانوني، فهو لا يعيش في المستقبل بل يعيش في الحاضر، ونفاذه هو وحده المرهون بالمستقبل. أما الدين المعلق على شرط، فهذا هو الذي تبدأ حياته عند صدور التصرف القانوني، على نحو ما تبدأ حياة الجنين، ولا يفتأ يتكون في المستقبل، نطفة ثم علقة إلى أن يولد خلقاً كاملاً سوياً عند تحقق الشرط. ومن ثم اقتضت الصناعة القانونية أن تتوافر الشروط الموضوعية في التصرف الذي ينشأ دينا معلقاً على شرط لا عند صدور التصرف القانوني فحسب، بل يجب أيضاً أن تبقى متوافرة إلى أن يتحقق الشرط، ويخلص من ذلك أن الدين المعلق على شرط يتكون خلال فترة من الزمن متدرجاً في النشوء إلى أن يستكمل وجوده، وأن التصرف القانوني ذاته إنما هو تصرف متعاقب الوجود (naissance successive)، فلا تتحقق فيه من وجه وحدة الزمان (أهرنج ٤ ص ١٦٢ - ص ١٧٠).

وإذا كان كل من الأجل والشرط لا يلحق إلا الدين فذلك لأن الدين وحده هو الذى يتصور فيه أن يعيش فى المستقبل نفاذاً أو وجوداً . أما العين فهى إذا كانت موجودة فى الحال ، فلا يتصور أن يرد عليها وصف الأجل فتكون مؤجلة أو وصف الشرط فتكون معلقة ، إذ أن وجودها القائم يتعارض مع التأجيل أو التعليق . وإذا كانت العين معدومة ، فمن الخطر التعامل فى أعيان مستقبلية قبل وجودها ، فإن هذا يخل بثبات التعامل واستقراره .

٣ - ومن ناحية الآثار التى تترتب على العقد ، تقوم أيضاً وحدة الزمان ، فى الوقت ذاته الذى يبرم فيه العقد تتولد جميع آثاره . ويقول أهرنج فى هذا الصدد : « لا يمكن أن يكون هناك فراغ ما بين صدور التصرف القانونى ونشوء الحق الذى تولد عنه ، كما لا يمكن أن يكون هناك فراغ ما بين السبب والمسبب ، كما لا يمكن أن تتصور فى الميلاد أن الحياة لا تدب فى المولود إلا بعد فترة من الزمن . فى جميع التصرفات ما بين الأحياء يكون من المستحيل تأخير نشوء الحق . ولا استثناء لهذه القاعدة حتى فى الديون ، فقد رأيناها تولد فى الحال ولو تراخى وقت نفاذها إلى أجل . ومن ثم تخضع لمبدأ الوحدة الآثار التى تترتب على العقد ، شأنها فى ذلك شأن شروط صحة العقد . فتمام العقد ، وشروط صحته ، والآثار التى تترتب عليه ، وبالجملة جميع العناصر التى يتكون منها العقد ، تتركز كلها فى وقت واحد . والتصرف القانونى وحدة لا تتجزأ ، (أهرنج ٤ ص ١٧١) .

وإذا كانت آثار العقد تخضع لمبدأ الوحدة فى الزمان ، فإن هذا يؤدى إلى القول بوحدة الشخص الذى باشر العقد والشخص الذى يلحق به أثر العقد فهذان يجب أن يكونا شخصاً واحداً ، ومن باشر العقد يلحق به الأثر ، كما أن من باشر السبب يلحق به المسبب . ومن هنا كان القانون فى القديم لا يعترف

بالنيابة في التعاقد ، وكانت آثار العقد لا تلحق شخص الأصيل ، بل تلحق شخص النائب لأنه هو الذي باشر العقد .

ومن المحقق أن أهرنج لم يتصل بالفقه الإسلامي . ولو كان اتصل به كما اتصل بالقانون الروماني ، اتصال دراسة وتحقيق ، لوجد فيه ميدانا خصبا لصدق نظراته في الصناعة القانونية ، ولما كان الفقه الإسلامي أقل دلالة على صدق هذه النظرات من القانون الروماني . ولعل أهرنج كان يغتبط عندما يرى أن ما استخلصه من نظريات في تطور الصناعة القانونية عن طريق القانون الروماني يستطيع أن يستخلصه عن طريق النظم القانونية الأصلية التي نبتت في بيئات مختلفة بعضها مستقلا عن بعض .

فهذه هي وحدة الصفة ، ووحدة العقد ، ومجلس العقد ، وامتناع الأعيان عن أن يلحق بها أجل أو شرط ، كل هذه المبادئ إنما هي مراحل مر بها الفقه الإسلامي كما مر بها القانون الروماني . وهذا قاطع في الدلالة . كما قدمنا ، على أن الفقه الإسلامي لم ينقل عن القانون الروماني ، وألا لكان قد نقله متطورا ، ولما اضطر إلى اجتياز مراحل التطور نفسها التي اجتازها القانون الروماني .

لقد كان أهرنج ليس فقيه القانون الروماني فحسب ، بل وفقه النظم القانونية الأصلية التي لا تنقل في الأصالة وعراقة التطور عن القانون الروماني . لقد كان فقيه القانون العالمي للبشر ، وهذا مجد جديد لأهرنج لم يكن يحسب حسابه .

(ب) تطور الفقه الإسلامي في الشروط المقترنة بالعقد

تطور الفقه الإسلامي في المذاهب الأربعة :

على أن الفقه الإسلامي لم يلبث جامداً عند المرحلة الأولى للفكر القانوني ، بل خطا خطوات واسعة في طريق التطور . تطور في المذهب

الحنفى نفسه وفى مذهب الشافعى ، وتطور تطوراً أسرع فى المذهبين المالكي والحنبلى .

١ - تطور الفقه الاسلامى فى المذهب الحنفى

رأينا بما قدمناه من نصوص الفقه الحنفى أن فقهاء هذا المذهب ، بالرغم من أنهم يقررون كبدأ عام وجوب وحدة الصفقة ، يحدثون مع ذلك فى هذا المبدأ ثغرات هامة ، فيدفعون المذهب إلى طريق من التطور يوطئ أكنافه ، ويوسع ماضاق منه ، سداً لحاجات التعامل .

١ - فأول ما يقررونه - لاعلى سبيل الاستثناء من المبدأ بل مطاوعة لطبائع الأشياء - أن الشرط الذى يقتضيه العقد هو شرط صحيح يصح معه العقد . وبديهي أن ما يقررون من ذلك غنى عن أن يذكر ، فإن ما يقتضيه العقد صحيح معمول به ، سواء ذكر فى صورة شرط أو لم يذكر أصلاً . ولكنهم لا يقصدون من تقرير هذه القاعدة الحكم فى ذاته ، بل يقصدون التمهيد بذلك للاستثناءات الحقيقية من مبدأ وحدة الصفقة ، فينبون على هذه القاعدة الأولى قاعدة أخرى .

٢ - ومن ثم يقررون أن الشرط الذى يلائم العقد ، وإن لم يكن العقد يقتضيه صورة ، هو من مقتضى العقد حقيقة ، فيلحق بالشرط الذى يقتضيه العقد ، ويكون استحساناً شرطاً صحيحاً يصح معه العقد ، وقد سبق بسط هذه المسألة فى تفصيلاتها وما ورد فيها من الأمثلة .

٣ - ثم ينتقلون بعد ذلك إلى شرط جرى به التعامل ، وهذا هو الباب الواسع الذى يدخل منه التطور السريع . فيجيزون شرطاً فيه منفعة مطلوبة ، دون أن يقتضيه العقد ودون أن يلائم العقد ، إذا كان التعامل قد جرى به . فيصح الشرط فى هذه الحالة استحساناً ويصح معه العقد .

٤ - ثم يقررون أن الشرط الذى ليست فيه منفعة مطلوبة لا تتحقق

فيه معنى الصفقة ، ولا يجعل العقد ينطوي على صفقتين ، ومن ثم يلغو الشرط لعدم إمكان المطالبة به ، ولكن يبقى العقد صحيحا .

هـ - ثم أنهم في الشرط الذي فيه منفعة مطلوبة دون أن يقتضيه العقد ودون أن يلائم العقد - وهذا هو الشرط الفاسد الذي يجعل العقد متعدد الصفقة - يميزون بين أنواع العقود المختلفة : فيقصرّون تحريم الصفقتين في الصفقة الواحدة على عقود المعاوضات المالية (١) دون التبرعات والأسقاطات والإطلاقات والتقييدات على ما قدمنا . ففي المعاوضات المالية يتحقق معنى تعدد الصفقة كاملا ، أما في غير المعاوضات المالية فالأمر يختلف ، إذ يمكن إلغاء الشرط الفاسد دون أن يمس ذلك كيان العقد الأصلي . فيلغو الشرط ويصح العقد .

هذه هي حلقات متلاصقة في سلسلة من الاستثناءات أوردها المذهب الحنفي على مبدأ ضيق هو مبدأ وحدة الصفقة ، فوسع فيه ، وأنقذ كثيراً من ضروب التعامل ، وخطا خطوات محسوسة في طريق التطور . وكل هذا باسم الاستحسان ، هذا المصدر الخصب الذي كان من أهم أسباب تطور المذهب الحنفي .

٢ - تطور الفقه الإسلامي في المذهب الشافعي :

ومذهب الشافعي يقرب كثيراً من المذهب الحنفي في الأصل الذي تمسك به وهو منع تعدد الصفقة ، وفي الاستثناءات التي أوردها على الأصل .

(١) وحتى في عقود المعاوضات المالية لجأ الفقه الحنفي إلى الحيل في إباحة الشرط . فإذا أراد المؤجر أن يشترط على المستأجر مرمة الدار المؤجرة وعمارتها أو دفع ما يجب على الأرض من الخراج أو شراء ما تحتاج إليه الدابة من الطعام ، فالحيلة في ذلك أن يزداد الأجر بقدر ما تحتاج إليه الدار من العمارة أو ما يجب على الأرض من الخراج أو ما يلزم الدابة من العلف ، ثم يأذن المؤجر للمستأجر في صرف ذلك القدر الزائد في العمارة أو الخراج أو النفقة . وإذا أراد المشتري أن يشترط ترك الثمار المبيعة على الأشجار إلى أن يتم نضجها ، فالحيلة في ذلك أن يأخذ المشتري الأشجار بطريق المساقاة على أن يكون للبائع جزء من ألف جزء مثلا (من رسالة الأستاذ زكي الدين شعبان المخطوطة ص ٧١ هامش رقم ١) .

فالشرط الذى يقتضيه العقد صحيح بداهة ، لأنه معمول به من غير حاجة إلى أن يذكر .

والشرط الذى يلائم العقد ، ويدعى فى الفقه الشافعى بالشرط الذى فيه مصلحة العقد أو الشرط الذى تدعو إليه الحاجة ، صحيح أيضاً ويصح معه العقد ، وليس ذلك على سبيل الاستثناء كما هو الأمر فى المذهب الحنفى ، بل هو أصل يقوم بذاته ، وقد تقدم بيان ذلك . ومن أمثلة الشرط الذى فيه مصلحة للعقد اشتراط الأشهاد على العقد واشتراط كتابته فى صك ، واشتراط الرهن أو الكفيل بالثمن .

ولعل الفقه الشافعى لا يميز بين الشرط الذى يلائم العقد والشرط الذى تدعو إليه حاجة التعامل ، فهما عنده شيء واحد . إذ هو يتحدث عن الشرط الذى يلائم العقد تحت اسم الشرط الذى فيه مصلحة للعقد أو الشرط الذى تدعو إليه الحاجة ، ولا يورد أمثلة خاصة للشرط الذى تدعو إليه حاجة التعامل .

ثم إن الفقه الشافعى يذهب إلى أن الشرط الذى لا غرض فيه ولا منفعة منه يلغو ويصح العقد .

ويتمسك الفقه الشافعى بعد ذلك بالأصل المعروف ، فيمنع البيع والشرط ، ما دام الشرط فيه منفعة مطلوبة ولا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضى العقد . فلا يجوز أن يشتري زرعاً ويشترط على البائع أن يحصده ، أو ثوباً ويشترط على البائع أن يخيطه ، ولا يجوز أن يبيع داراً بألف على أن يقرضه المشتري قرضاً بمائة . ولا يجوز للعاقدة أن يشترط ما ينافي بمقتضى العقد ، فلا يجوز للراهن أن يشترط على المرتهن ألا يبيع العين المرهونة أصلاً ، أو ألا يبيعها حتى يمضى شهر من وقت حلول الدين ، أو أن يكون المرتهن أسوة الغرماء ، أو أن يضمن المرتهن هلاك العين كلها ولا يقتصر على ضمان ما زاد من قيمتها على الدين ، ولا يجوز أن يشترط أحد الشركاء أن

يكون له نصيب في الربح دون الخسارة ، أو أن يكون له مبلغ معين من الربح فقد لا تربح الشركة أكثر من هذا المبلغ أو قد لا تربح شيئاً ، ولا يجوز أن يشترط رب المال في القراض أن يكون رأس المال في يده ، أو أن يشترك مع العامل في التجارة ، أو أن تكون يد العامل يدي ضمان . ويمنع الفقه الشافعي البيعتين في بيعة ، ويتأول الحديث الوارد في النهي عن ذلك على وجهين لا يجوز أياً منهما ، فلا يصح أن يشتري بألف نقداً أو بألفين نسيئة ، كما لا يصح أن يبيع العبد بألف على أن يبيع منه المشتري أو أجني الدار بألفين . ويبدو أن الشرط الذي فيه منفعة مطلوبة دون أن يقتضيه العقد أو يلائم مقتضى العقد يبطل ، في مذهب الشافعي ، المعاوضات والتبرعات على السواء (١) .

ويتبين مما تقدم أن مذهب الشافعي قد تطور على نحو يكاد يضاهي فيه المذهب الحنفي ، وأن كان يتسع عنه في جهة ويضيق دونه في جهة أخرى (٢) .

(١) أنظر رسالة الأستاذ زكي الدين شعبان المخطوطة ص ٩٠

(٢) وننقل هنا بعض نصوص الفقه الشافعي في المعاني التي قدمناها . جاء في نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي (جزء ٣ ص ٤٢٣ - ص ٤٤٤) : « (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم) ... عن بيعتين في بيعة ، رواه الترمذي وصححه ، بأن يقول بعثك بألف نقداً أو ألفين إلى سنة ، فخذ بأيهما شئت أنت أو أنا أو شاء فلان ، للجهالة ... أو بعثك ذا العبد مثلاً بألف على أن تبيعني أو فلان دارك بكذا أو تشتري مني أو من فلان كذا بكذا للشرط الفاسد — وعن يمين وشرط ، كبيع بشرط كما مر ، أو بيع دار بألف بشرط قرض مائة ... ولو اشترى زرعاً بشرط أن يحصده .. البائع ، أو ثوباً ويخطه البائع .. فالأصح بطلانه .. بل الأوجه البطلان هنا قطعاً كما علم من قوله يبيع أو قرض لإفترهما مثالان ، فبيع بشرط أجارة أو أعارة باطل لذلك .. ولو اشترى حطباً مثلاً على دابة بشرط إيصاله منزله لم يصح وأن عرف المنزل لأنه بيع بشرط ، وأن أطلق صح العقد ولم يكلف إيصاله منزله ولو اعتيد بل يسلمه له في موضعه .. ويستثنى من النهي عن يمين وشرط .. الرهن للحاجة إليه لا سيما في معاملة من لا يعرف حاله .. والكفيل للحاجة إليه أيضاً .. ولو باع عبداً أي رقيقاً بشرط إعاقته عن المشتري أو أطلق ، فالشهور صحة البيع والشرط لحير بريرة المشهور ولتنشوف الشارع للعتق ، على أن فيه منفعة للمشتري في الدنيا بالولاء وفي الآخرة بالثواب وللنائع بالتسبب فيه . والثاني لا يصحان كما لو شرط يمينه أو هيبته ، وقيل يصح البيع دون الشرط كما في النكاح ، أو لو شرط إعاقته عن البائع أو أجني فلا يصح لأنه ليس في المعنى ما ورد به الخبر ، وخرج باعتناق المبيع شرط =

٣ - تطور الفقه الاسلامي في المذهب المالكي :

التطور في المذهب المالكي أبعد مدى من التطور في المذهب الحنفي

وفي مذهب الشافعي :

وقد تطور الفقه الإسلامي في مذهب مالك تطوراً أبعد مدى من تطوره

== إعتاق غيره فلا يصح البيع معه لاتفاء كونه من مصالحه .. ولو شرط مة ضي العقد كالتبضع والرد جيب صح .. أو شرط مالا غرض فيه أي عرفاً .. كشرط ألا يأكل أو لا يابس ألا كذا ولو حريراً صح العقد ولغا الشرط .. ولو باعه إناء بشرط ألا يجمل فيه محرماً ، أو سيفاً بشرط ألا يقطع به الطريق ، أو عبداً بشرط ألا يعاقبه بما لا يجوز ، صح البيع ، ويقاس به ما في معناه . ولو شرط البائع مع موافقة المشتري حبس المبيع بشئ في الذمة حتى يستوفى الحال لا المؤجل وخاف فوت الثمن بعد التسليم ، صح لأن حبسه حينئذ من مقتضيات العقد ، بخلاف ما لو كان مؤجلاً أو خالاً ولم يخف فوته بعد التسليم لأن البداءة حينئذ في التسليم بالبائع . وأن شرط وصفا يقصد ، ككون العبد كاتباً أو الدابة أو الأمة .. حاملاً أولونا .. صح العقد مع الشرط لأنه شرط يتعلق بمصلحة العقد وهو العلم بصفات المبيع التي يختلف بها الأغراض ، ولأنه التزم موجوداً عند العقد ولا يتوقف التزامه على إنشاء أمر مستقبل فلا يدخل في النهي عن بيع وشراء وإن سمي شرطاً تجوزاً فإن الشرط لا يكون إلا مستقبلاً ، ويمكن أن يوجد من الوصف المشروط ما ينطلق عليه الاسم ، إلا إن شرط الحسن ، في شيء فإنه لا بد أن يكون حسناً عرفاً وألا تخير . ولو قيد بحلب أو كتابة شيء معين كل يوم بطل ، وأن علم قدرته ... »

وجاء في المذهب (جزء ١ ص ٢٦٨) : « إذا شرط في البيع شرطاً نظرت . فإن كان شرطاً يقتضيه البيع ، كالتسليم والرد بالعيب وما أشبههما ، لم يبطل العقد لأن شرط ذلك يان لما يقتضيه العقد فلم يبطله . فإن شرط ما لا يقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة ، كالخيار والأجل والرهن والضمين ، لم يبطل العقد ، لأن الشرع ورد بذلك .. ولأن الحاجة تدعو إليه ، فلم يفسد العقد . فإن شرط عتق العبد المبيع لم يفسد العقد ، لأن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة لعتقها ، فأراد أهلها أن يشترطوا ولاءها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترها واعتقها فإنما الولاء لمن أعتق ... » فإن شرط ما سوى ذلك من الشروط التي تنافي مقتضى العقد ، بأن باع عبداً بشرط ألا يبيعه أو لا يعتقه ، أو باع داراً بشرط أن يسكنها مدة ، أو ثوباً بشرط أن يخيطة له ، أو قلعة بشرط أن يحذوها له ، بطل البيع ، لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وشراء ، وروى أن عبد الله بن مسعود اشترى جارية من امرأته زينب الثقفية وشرطت عليه أنك إن بعته فهي لي بالثمن ، فاستفتى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ، فقال لا تقر بها وفيها شرط لأحد ، وروى أن عبد الله اشترى جارية واشترط خدمتها ، فقال له عمر رضي الله عنه لا تقر بها وفيها مثنوية ، ولأنه شرط لم يكن على التخليب ولا هو من مقتضى العقد ولا من مصلحته فأفسد العقد ، كما لو شرط ألا يسلم إليه المبيع . »

في مذهبي أبي حنيفة والشافعي . فمالك يميز من الشروط ما يميزه المذهبان الآخران ، ثم هو يميز منها كثيراً مما لا يميزانه .

وعنده أن الأصل في الشرط أن يكون صحيحاً ويصح معه العقد ، وقد يقع الشرط فاسداً على سبيل الاستثناء .

ونستعرض في مذهبه الشرط الصحيح ثم الشرط الفاسد ، وذلك في شيء من التنسيق والترتيب لا نجسده عادة في كتب المذهب ، فهذه تتعدد فيها التقسيمات ويتدخل بعضها في بعض ، وقد نوه بذلك ابن رشد في بداية المجتهد .

الشرط الصحيح في مذهب مالك :

الشرط الصحيح في مذهب مالك أوسع بكثير من الشرط الصحيح في مذهب أبي حنيفة :

(أ) فكل شرط يقتضيه العقد صحيح ، وفي هذا يتفق المذهبان . فيصح الشرط والعقد إذا اشترط البائع أن يدفع المشتري الثمن ، أو اشترط المشتري أن يسلم البائع المبيع أو أن يضمن العيب ، أو اشترط الدائن المرتهن أن يكون له الحق في بيع العين المرهونة إذا لم يستوف الدين أو يكون مقدماً على سائر الغرماء ، أو اشترطت الزوجة أن ينفق عليها الزوج وأن يكسوها .

(ب) ولا يصح فحسب ، في مذهب مالك ، كل شرط يقتضيه العقد ، بل يصح أيضاً كل شرط لا يناقض مقتضى العقد . وفي هذا يتسع مذهب مالك عن مذهب أبي حنيفة ، إذ يدخل في حكم الصحة عند مالك الشرط الذي يلائم العقد والشرط الذي جرى به التعامل وهما صحيحان في مذهب أبي حنيفة ، ويدخل أيضاً الشرط الذي فيه منفعة معقولة لأحد المتعاقدين ولو لم يكن العقد يقتضيه أو يلائمه مادام الشرط نفسه لا يناقض مقتضى العقد ، ومثل هذا الشرط يفتح الباب واسعاً للتعامل ، وهو كما رأينا صحيح عند مالك فاسد عند أبي حنيفة .

فيصح في المذهبين أن يشترط البائع على المشتري تقديم رهن أو كفيل أو محال عليه بالثمن . وهذا الشرط يلائم مقتضى العقد ولا يقتصر على عدم مناقضته .

ويصح في مذهب مالك دون مذهب أبي حنيفة : ١ - أن يشترط البائع على المشتري أن يعتق العبد المبيع ، أو يقف الأرض المبيعة ، أو يبنى فيها مسجداً ، أو غير ذلك مما يتضمن إيقاع معنى في المبيع هو من معاني البر .
٢ - أن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه أو يهبه أو يعتقه حتى يعطى الثمن المؤجل ، وفي هذا إيقاع معنى في المبيع لضمان حق البائع .
٣ - أن يبيع الدار ويشترط سكنها مدة معقولة ، أو الدابة ويشترط ركوبها ثلاثة أيام أو الوصول بها إلى مكان قريب ، أو الثوب ويشترط عليه المشتري أن يخطه ، أو الخنطة ويشترط عليه المشتري أن يطحنها ، وغير ذلك من الشروط التي فيها منفعة معقولة لأحد المتعاقدين .

الشرط الفاسد في مذهب مالك :

ولا يكون الشرط فاسداً عند مالك إلا في موضعين : ١ - إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد ، كما إذا اشترط البائع على المشتري ألا يتصرف في المبيع ، أو اشترط الزوج على الزوجة ألا ينفق عليها أو ألا ترثه أو اشترط بائع الرقيق على مشتريه أنه إذا أعتقه كان الولاء للبائع . وسبب فساد الشرط هنا واضح ، فإن العقد لا يسلم مع وجود الشرط مادام الشرط يناقض مقتضاه ، أو كما يقول الخطاب وهو شرط لا يتم معه المقصود من العقد .

٢ - إذا كان الشرط يخل بالثمن ، وذلك كبيع وسلف أى بيع يتضمن قرضاً ، وكبيع الثنيا وصورته أن يبتاع سلعة على أن البائع متى مارد الثمن فالسلعة له (وهذا هو بيع الوفاء في القانون الحديث وهو بيع معلق على شرط لا مقترن بشرط) وكبيع يشترط البائع فيه أنه إذا باع المشتري السلعة فهو أحق بها بالثمن الذي

باع به للمشتري . وسبب فساد الشرط هنا أنه اشترط لمصلحة البائع أو المشتري وقد روعي فيه نقص الثمن بقدر غير معلوم إذا كان لمصلحة البائع كما في بيع الثنيا ، أو زيادة الثمن بقدر غير معلوم إذا كان الشرط لمصلحة المشتري كما في بيع وقرض للمشتري من البائع ، وفي الحالتين تلحق الجهالة بالثمن . أو كما يقول الخرشي أن الشرط « يعود جهله في الثمن أما بزيادة أن كان الشرط من المشتري ، أو بنقص أن كان من البائع ، .

والشرط الفاسد يبطل في جميع الأحوال ، ولا يعمل به . أما أثره في العقد : (١) فتارة يبطله ؛ (٢) وطوراً يبطل الشرط وحده ويبقى العقد . (٣) وثالثة يبطل الشرط والعقد معاً ألا إذا نزل المشترط عن الشرط فيسقط الشرط ويبقى العقد .

(١) أما أن الشرط الفاسد يبطل العقد فيقع ذلك عادة إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد ، بحيث إذا أعمل الشرط كان لابد للعقد حتماً من أن يختل . فيبطل كل من الشرط والعقد إذا اشترط الواهب ألا يقبض الموهوب له الهبة ، أو اشترط المقرض أن يرد له المقرض أحسن مما اقترض ، أو اشترط الراهن أن يستبقى الرهن تحت يده أو أنه يخرج من الرهن بعد مدة معلومة أو أن الرهن لا يباع ، أو اشترط رب المال في القراض أن يستبقى المال تحت يده أو أن يضمه العامل أو أن يجعل مع العامل أميناً ، أو يشترط الزوج ألا ينفق على الزوجة أو ألا ترثه ، أو تشترط الزوجة أنها بالخيار إلى مدة معلومة أو أن الزوج إذا لم يأت بالمهر في مدة معلومة فلا زواج .

(٢) وأما أن الشرط الفاسد يبطل هو وحده ويبقى العقد ، فيبدو أن ذلك يقع إذا ناقض الشرط مقتضى العقد ولكن العقد لا يختل إذا أعمل الشرط . فإدام العقد لا يختل بالشرط أو بدونه فإنه يبقى ، أما الشرط فيسقط ، لأنه شرط فاسد يناقض مقتضى العقد ، فهو أقرب إلى أن يكون مخالفاً للنظام العام في لغة الفقه الغربي . فيبطل الشرط ويبقى العقد إذا

اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو ألا يطلقها أو ألا ينقلها من بلدها أو من دارها ، أو اشترط بائع الرقيق على مشتريه أنه إذا أعتقه كان الولاء للبائع ، أو اشترط البائع ألا حق للمشتري في حط جزء من الثمن إذا أصابت الثمار آفة ، أو اشترط رب الوديعة على حافظها أن يضمن هلاكها .

(٢) وأما أن الشرط الفاسد يبطل هو والعقد معاً ألا إذا نزل عنه المشترط فيسقط ويبقى العقد . فإن ذلك يتحقق في حالة ما إذا كان الشرط يخل بالثمن كما رأينا في البيع والسلف وبيع الثنيا والبيع مع اشتراط البائع أنه أحق بالبيع إذا باعه المشتري . ويتحقق ذلك أيضاً فيما إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد عن طريق إيقاعه معنى في البيع ليس من معاني البر ، وذلك كأن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه أو يهبه ، وهذا إذا عمم أو استثنى قليلاً كقوله على ألا تبيعه جملة أو لا تبيعه إلا من فلان ، وأما إذا خصص ناساً قليلاً فيجوز الشرط ويصح البيع . (١)

(١) وتنتقل هنا بعض نصوص الفقه المالكي فيما قدمناه من الأحكام . جاء في بداية المجتهد لابن رشد (جزء ٢ ص ١٢٣-١٢٤) : «وأما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام ، شروط تبطل في البيع معاً ، وشروط تجوز في المبيع معاً ، وشروط تبطل ويثبت البيع . وقد بطن أن عنده قسمان رابعاً ، وهو أن من الشروط ما أنعمك المشترط شرطه بطل المبيع ، وإن تركه جاز المبيع . وأعطاه فروق بينة في مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة عسير ، وقد رام ذلك كثير من الفقهاء . وإنما هي راجعة إلى كثرة ما تنضمّن الشروط من منقضي الفساد الذي يخل بصحة البيوع وهما الربا والغرر وإلى قلته وإلى التوسط بين ذلك أي ما يفيد نقصاً في الملك . فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيراً من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط ، وما كان قليلاً أجاز له وأجاز الشرط . وما كان متوسطاً أبطل الشرط وأجاز البيع . ويرى أصحابه أن مذهبه هو أولى المذاهب ، إذ بمذهبه تجتمع الأحاديث كلها والجمع عندهم أحسن من الترجيح . وللتأخرين من أصحاب مالك في ذلك تفصيلات متقاربة ، واحد من له ذلك جدي والمازري والباقي . وتفصيله في ذلك أن قال : أن الشروط في المبيع تقع على ضربين أولين : أحدهما أن يشترطه بعد إنقضاء الملك مثل من يبيع الأمة أو العبد ويشترط أنه إن عتق كان له ولاؤه دون المشتري ، فتل هذا قالوا يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة . والقسم الثاني أن يشترط عليه شرطاً يتم في مدة الملك ، وهذا قالوا ينقسم إلى ثلاثة أقسام : أما أن يشترط في المبيع منفعة لنفسه ، وأما أن يشترط على المشتري منعه من تصرف عام أو خاص ، وأما أن يشترط لإيقاع معنى في المبيع . وهذا أيضاً ينقسم إلى قسمين : أحدهما أن يكون معنى من معاني البر ، والثاني أن يكون معنى ليس فيه من البر شيء . فأما إذا اشترط لنفسه منفعة

تقرير مذهب مالك :

ولا شك في أن الفقه الإسلامي، فيما يتعلق باقتران العقد بالشرط، قد تطور في مذهب مالك تطوراً ملحوظاً نحو الإباحة . فالمذهب المالكي

بسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل المبيع ، مثل أن يبيع الدار واشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر وقيل السنة ، فذلك جائز على حديث جابر . وأما أن يشترط منعا من تصرف خاص أو عام ، فذلك لا يجوز لأنه من الثنبا ، مثل أن يبيع الأمة على ألا يوطأها أو لا يبيعها . وأما أن يشترط معنى من معاني البر مثل العتق ، فإن كان اشترط تعجيله جاز عنده ، وأن تأخر لم يجز لمعظم النفر فيه . . . وأما أن اشترط معنى في المبيع ليس ببر مثل ألا يبيعها فذلك لا يجوز عند مالك ، وقبل منه المبيع مفسوخ ، وقبل بل يطل الشرط فقط . وأما من قال له البائث متى جئتك بالثمن رددت على المبيع ، فإنه لا يجوز عند مالك ، لأنه يكون مرددا بين البيع والسلف ، إن جاء بالثمن كان سلفا وإن لم يجيء كان يبعاً . . . واختلف أيضا فيمن باع شيئا بشرط ألا يبيعه حتى ينتصف من الثمن ، فقبل عن مالك يجوز ذلك لأن حكمه حكم الرهن ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الرهن هو المبيع أو غيره . . . ومن المسموع في هذا الباب نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف ، اتفق الفقهاء على أنه من البيوع الفاسدة ، واختلفوا إذا ترك الشرط قبل القبض ، فمنه أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء ، وأجازهم مالك وأصحابه إلا محمد بن عبد الحكم . . . وجاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٣٧٣ - ٣٧٥) : « أن من البيوع المنهي عنها البيع والشرط فقد روى عبد الحق في أحكامه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط . قال ابن عرفة لا أعرفه إلا من طريق عبد الحق . وحمله أهل المذهب على وجهين ، أحدهما الشرط الذي يناقض مقتضى العقد ، والثاني الشرط الذي يعود بخلل في الثمن . وأما الشرط الذي يناقض مقتضى العقد فهو الذي لا يتم معه المقصود من المبيع ، مثل أن يشترط عليه ألا يبيع ولا يهب ، وهذا إذا عمم أو استثنى قليلا كقوله على ألا تبيعه جلة أو لا تبيعه إلا من فلان » وأما إذا خصص ناسا قليلا فيعوز . . . سئل مالك عن رجل باع عبداً أو غيره وشرط على المبتاع أنه لا يبيع ولا يهب ولا يعتق حتى يعطى الثمن ، قال لا بأس بذلك لأنه بمنزلة الرهن إذا كان إعطاء الثمن لأجل مسمى . ومن الشروط المناقضة بيع الثنبا وهو من البيوع الفاسدة ، قال في كتاب بيع الأجل من المدونة : ومن ابتاع ساعة على أن البائع متى ما رد الثمن فالساعة له ، لم يجز ذلك ، لأنه بيع وسلف ، قال سحنون بل سلف جر منفعة . . يستثنى من الشروط المناقضة لمقتضى العقد تحيز العتق فإنه جائز لحديث بريرة ، وقال في المدونة لأن البائث تعجل الشرط بما وضع من الثمن فلم يقم فيه غرر ، واحتراز بالتنجيز من التدبير والعتق إلى أجل وأن يتخذ الأمة أم ولد فإن ذلك لا يجوز . . . وصح البيع أن أسقط السلف مشروطه » وجاء في الحرثي (جزء ٥ ص ٨٠ - ٨١) : « قد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ، وحمل أهل المذهب النهي على شرط يناقض أو يخل بالثمن . . . كالا يبيع عموماً أو إلا من نفر قليل ، أو لا يهب ، أو لا يخرج بها من البلد ، أو على أن يتخذها أم ولد . . . أو على أنه إن باعها من غيره فهو أحق بها بالثمن . . . وبقي شرط يقتضيه العقد وهو واضح الصحة ، =

— خلافاً للمذهبين الحنفى والشافعى — يحيز الشرط الذى فيه منفعة مطلوبة فيتخطى بهذه الإباحة العقبة التى ترجع فى المذهبين الآخرين إلى مبدأ وحدة الصفقة .

ثم أن الشرط الفاسد عند مالك لا يجاوز فى أكثر صورة منطقة معقولة، وهذا واضح فى الشرط الفاسد الذى يبطل العقد والشرط الفاسد الذى يبطل وحده ويبقى العقد .

أما الشرط الفاسد الذى يبطل ويبطل العقد معه ألا إذا نزل عنه المشترط، فهو فى إحدى صورتيه، وهى صورة المنع من التصرف فى البيع، لا يجاوز أيضاً حدوداً معتدلة، أذا الشرط يصح إذا قيد بقيود معقولة كما إذا نهى البائع المشتري عن التصرف لناس قليلين وترك باب التصرف مفتوحاً لأكثر الناس، ويصح كذلك إذا كان له مسوغ مشروع كما إذا اشترط البائع ألا يتصرف المشتري فى المبيع حتى يعطى الثمن المؤجل وكما إذا كان المنع من التصرف يتضمن إيقاع معنى فى البيع هو من معانى البر .

تبقى الصورة الأخرى لهذا الشرط الفاسد، وهى التى يخل فيها الشرط بالثمن كما فى بيع وسلف، ففى هذه نرى مذهب مالك قد وقف جامداً، ولم يتابع التطور إلى غايته . وكأنه اصطدم هنا بمبدأ وحدة الصفقة فلم يستطع أن يتخطاه فى البيع والسلف، فإن العقد الذى يتضمن بيعاً وسلفاً، لا يتميز فى الواقع من الأمر إلا بأنه عقد واحد يتضمن صفتين .

== كشرط تسليم المبيع والقيام بالعيب ورد العوض عند انتقاض الييم، وهو لازم دون شرط فشرطه تأكيد، وشرط لا يقتضيه ولا ينفيه وهو من مصلحته جائز لازم بالشرط ساقط بدونه، كالأجل والخيار والرهن، ولا بأس بالييم بئس إلى أجل على ألا يتصرف ببيع ولا هبة ولا عتق حتى يعطى الثمن لأنه بمنزلة الرهن إذا كان إعطاء الثمن لأجل مسمى... أو يخل بالثمن كييم وسلف... ومعنى إخلاله بالثمن بأن يعود جملة فى الثمن أما يزادة إن كان الشرط من المشتري أو نقص إن كان من البائع، كييم وسلف من أحدهما، لأن الانتفاع بالسلف من جملة الثمن أو الثمن وهو مجهول... وصح الييم إن حذف شرط السلف مع قيام السلعة على المشهور لزوال المانع .

٤ — تطور الفقه الإسلامي في المذهب الحنبلي

المذهب الحنبلي أبعد المذاهب تطوراً في تصحيح الشروط :

ولعل أبعد تطور للفقه الإسلامي في مسألة اقتران الشرط بالعقد كان في مذهب أحمد بن حنبل ، لاسيما إذا استكملنا هذا المذهب بما أضافه إليه ابن تيمية وهو من أكبر فقهاءه .

فالمذهب الحنبلي ، كالمذهب المالكي ، تخطى مبدأ وحدة الصفقة ، ولم يتقيد بهذا المبدأ كما تقيد به المذهبان الحنفي والشافعي ، ومن ثم استطاع أن يسير أشواطاً بعيدة في طريق التطور .

والحنابلة ، كالمالكية ، الأصل عندهم في الشرط أن يكون صحيحاً ويصح معه العقد ، بل هم يسرون في هذا الأصل إلى مدى أبعد من المالكية في تصحيح الشروط . ويقع الشرط عند الحنابلة فاسداً ، على سبيل الاستثناء ، إذا كان يناقض مقتضى العقد ، أو كان قد ورد بالنهي عنه نص خاص .

فنستعرض في المذهب الحنبلي الشرط الصحيح ، ثم الشرط الفاسد ، ثم ننظر ما أضاف ابن تيمية إلى المذهب من مزيد توسعة في تصحيح الشروط .

الشرط الصحيح في مذهب الحنابلة :

الأصل في مذهب الحنابلة ، كما قدمنا ، هو أن يكون الشرط صحيحاً . ونسأير صاحب المغنى (١) في الترتيب الذي جرى عليه في استعراض الشروط :

(١) جاء في المغنى (جزء ٤ ص ٢٨٥) : « والشروط تنقسم إلى أربعة أقسام : (أحدها) ما هو من مقتضى العقد ، كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتفاض في الحال ، فهذا وجوده كعدمه لا يفيد حكماً ولا يؤثر في العقد . (الثاني) تتعلق به مصلحة العاقدين ، كالأجل والخيار والرهن والضمين والشهادة واشتراط صفة مقصودة في المبيع كالصناعة والكتابة ونحوها ، فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به . ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافاً . (الثالث) ما ليس من مقتضاه ولا من مصلحته ولا يناقض مقتضاه ، وهو نوعان : أحدهما اشتراط منفعة البائع في المبيع ، فهذا قد مضى ذكره . الثاني أن يعترض عقداً في عقد ... (الرابع) اشتراط ما يناقض مقتضى العقد ... » .

(أ) فكل شرط يقتضيه العقد صحيح ، وفي هذا تتفق المذاهب الأربعة .
فيصح اشتراط المشتري التسليم على البائع ، والتقابض في الحال ، ويصح لكل من المتعاقدين أن يشترط خيار المجلس ، فكل هذه الشروط يقتضيها العقد ، وهي معمول بها حتى لو لم تشترط .

(ب) ويصح أيضاً كل شرط يلائم العقد ويكون من مصلحته فتعلق به مصلحة المتعاقدين ، كالرهن والضمين والشهادة . وفي هذا أيضاً تتفق المذاهب الأربعة .

(جـ) ويصح أخيراً الشرط الذي ليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ، ولكنه لا ينافي مقتضى العقد . وهنا نلاحظ المدى البعيد من التطور الذي سار فيه المذهب الحنبلي كما لاحظنا ذلك في مذهب مالك ، وهذا خلافاً لمذهبي أبي حنيفة والشافعي . فإدام الشرط لا ينافي مقتضى العقد فهو في الأصل صحيح سواء كان العقد يقتضيه أو لا يقتضيه ، وسواء لأم مقتضى العقد أو لم يلائمه . والشرط صحيح حتى لو تضمن منفعة مطلوبة ، وفي هذا يتخطى المذهب الحنبلي مبدأ وحدة الصفقة كما تخطاه المذهب المالكي ، بل هو ينكر صحة الحديث الذي نهى عن بيع وشرط . ثم أنه لا حاجة في صحة الشرط إلى جريان التعامل به ، خلافاً لما يذهب إليه الفقه الحنفي .

ومن ثم نرى المذهب الحنبلي ، خلافاً لمذهبي أبي حنيفة والشافعي ، يصحح أكثر الشروط التي فيها منفعة لأحد المتعاقدين كما يصحها المذهب المالكي . ونورد ما جاء في هذا الصدد في الشرح الكبير على المقنع (جزء ٤ ص ٤٩ - ص ٥١) : « والثالث أن يشترط نفعا معلوما في المبيع كسكنى الدار شهراً وحملان البعير إلى موضع معلوم ، أو يشترط المشتري نفع البائع في المبيع كحمل الخطب أو تكسيه أو خياطة الثوب أو تفصيله . ويصح أن يشترط البائع نفع المبيع مدة معلومة ، مثل أن يبيع داراً ويستثنى سكتها سنة ، أو دابة ويشترط ظهرها إلى مكان معلوم ، أو عبداً ويستثنى خدمته مدة معلومة ، نص عليه أحمد ، وهو قول الأوزاعي وأبي ثور

وأشحاق وابن المنذر . وقال الشافعي وأصحاب الرأي لا يصح ، لأنه روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط . . . ولنا ما روى جابر أنه باع النبي صلى الله عليه وسلم جملاً واشترط ظهره إلى المدينة . . . ولم يصح نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ، وإنما نهى عن شرطين في بيع ففهموه إباحة الشرط الواحد . . . ويصح أن يشترط المشتري نفع البائع في المبيع ، مثل أن يشتري ثوباً ويشترط على بائعه خياطته قميصاً ، أو بغلة ويشترط حذوها نعلاً ، أو حزمة حطب ويشترط حملها إلى موضع معلوم .

ويتوسع المذهب الحنبلي في إباحة الشروط في عقد الزواج بوجه خاص ، ويفوق في ذلك سائر المذاهب وفيها مذهب مالك نفسه . فيجوز في الزواج من الشروط ما يكون فيه للزوجين منفعة مقصودة ما دامت لا تعارض الشرع ولا تنافي المقصود من عقد الزواج . ويقول ابن تيمية (الفتاوى ٣ ص ٣٢٧ وص ٣٣٢ - نظرية العقد ص ١٥٥) في ذلك : « ويجوز أحمد أيضاً في النكاح عامة الشروط التي للمشتري فيها غرض صحيح ، لما في الصحيحين عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : أن حق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج . . فلا يقتصر مذهب أحمد على أن يكون لكل من الزوجين أن يشترط في الآخر صفة يصح قصدها ، فيشترط الزوج في زوجته البكارة أو الجمال مثلاً ، وتشترط الزوجة في زوجها المال أو حرفة معينة أو مورداً معيناً من العيش ، ويكون للمشتري أن يفسخ الزواج إذا فات عليه ما اشترطه ، ولا فرق في هذا أن يكون المشتري هو الرجل أو المرأة ، وهذا هو أصح روايتي أبي أحمد ، وأصح وجهي أصحاب الشافعي وظاهر مذهب مالك (ابن تيمية : الفتاوى ٣ ص ٣٤٦ - نظرية العقد ص ١٥٦ - ١٥٧) . بل يجوز أيضاً في مذهب أحمد أن تشترط الزوجة على زوجها ألا يخرجها من بلدها ، أو من دارها ، أو ألا يتسرى ، أو ألا يتزوج عليها ، فإن لم يف لها بشرطها كان لها أن تفسخ الزواج (نظرية العقد لابن تيمية ص ١٦ وص ٢٤ وص ١٦١

— ص ١٦٢ والفتاوى ٣ ص ٢٢٧) . وقد رأينا أن هذه الشروط غير جائزة في مذهب مالك .

الشرط الفاسد في مذهب الحنابلة :

ولا يكون الشرط فاسداً عند الحنابلة إلا في موضعين :

(١) إذا كان الشرط يناfi مقتضى العقد . مثل ذلك أن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه أو يهبه أو يعتقه ، أو يشترط عليه أن أعتقه أن يكون الولاء للبائع . فهذه الشروط كلها تناfi مقتضى العقد ، إذ مقتضى العقد حرية المشتري في التصرف في المبيع بعد أن صار ملكه ، يبيعه أو لا يبيعه ويهبه أو لا يهبه ، وإذا كان رقيقاً فأعتقه فأن الولاء يكون له هو لا للبائع لأنه هو المعتق والولاء لمن أعتق . بقي أن يشترط بائع الرقيق على مشتريه أن يعتقه ، فهل يصح الشرط ؟ في المذهب روايتان ، إحداهما الشرط فاسد لأنه يناfi مقتضى العقد شأنه في ذلك شأن ما قدمناه من الشروط ، والرواية الأخرى الشرط صحيح لحديث بريرة المعروف .

ومن الشروط التي تناfi مقتضى العقد عند الحنابلة أن يشترط المشتري إن غصبه غاصب أن يرجع البائع بالثمن . ومنها أن يشترط البائع أن يكون أحق بالمبيع بثمنه إن باعه المشتري ، لأنه يكون بذلك قد اشترط ألا يبيعه من غيره إذا أعطاه ثمنه ، فهو كما لو اشترط ألا يبيعه إلا من فلان ، وهذا يقيد حرية المشتري في التصرف فيناfi مقتضى العقد . وقيل أيضاً في مذهب أحمد أن هذا الشرط يتضمن شرطين ، فيكون غير جائز على ما سنرى ، لأن البائع شرط أن يبيعه إياه وأن يبيعه بالثمن الأول ، فهما شرطان (الشرح الكبير على المقنع ٤ ص ٥٥) .

وقد رأينا أن هذا الشرط غير جائز في المذهب المالكي لأنه يخل بالثمن . ومن الشروط التي تناfi مقتضى العقد أيضاً ما جاء في الشرح الكبير على

المقنع (جزء ٤ ص ٥٨) : « وإذا قال بع عبدك من فلان بألف على أن على خمسمائة فباعه بهذا الشرط ، فالبيع فاسد ، لأن الثمن يجب أن يكون جميعه على المشتري ، فإذا شرط كون بعضه على غيره لم يصح ، لأنه لا يملك المبيع والثمن على غيره . ولا يشبه هذا ما لو قال : اعتق عبدك أو طلق مرأتك وعلى خمسمائة ، لكون هذا عوضاً في مقابلة فك الزوجة ورقبة العبد ، ولذلك لم يجز في النكاح . أما في مسألتنا فإنه معاوضة في مقابلة نقل الملك ، فلا يثبت لأن العوض على غيره . وإن كان هذا القول على وجه الضمان ، صح البيع ولزم الضمان . »

ولما كان الشرط الذي ينافي مقتضى العقد فاسداً ، فإنه يبطل ولا يعمل به . أما حكم العقد الذي اقترن به الشرط ففيه روايتان : الأولى أن العقد صحيح ، وهذا هو المنصوص عن أحمد وهو ظاهر كلام الخرقى ، فيسقط الشرط ويبقى العقد ، وللبائع الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن ، وللمشتري الرجوع بزيادة الثمن إن كان هو المشتري ، « لأن البائع إنما سمح بالبيع بهذا الثمن لما يحصل له من الغرض بالشرط ، والمشتري إنما سمح له بزيادة الثمن من أجل شرطه ، فإذا لم يحصل غرضه ينبغي أن يرجع بما سمح به كما لو وجدته معيباً . ويحتمل أن يثبت الخيار ولا يرجع بشيء ، كمن شرط رهناً أو ضمينا فامتنع الراهن والضمين ، ولأن ما ينقصه الشرط من الثمن مجهول فيصير الثمن مجهولاً ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحكم لأرباب بريرة بشيء مع فساد الشرط وصحة البيع ، (الشرح الكبير على المقنع ٤ ص ٥٥) . والرواية الثانية أن الشرط الفاسد يبطل البيع ، « لأن الشرط إذا فسد وجب الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن ، وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولاً ، ولأن البائع إنما رضى بزوال ملكه عن المبيع بشرطه ، والمشتري كذلك إذا كان الشرط له ، فلو صح البيع بدونه لزال ملكه بغير رضاه ، والبيع من شرطه التراضي ،

(الشرح الكبير ٤ المقنع ٤ ص ٥٤) (١) .

ونرى مما تقدم أن المذهب الحنبلي والمذهب المالكي لا يختلفان كثيراً في الشرط الذي ينافي مقتضى العقد ، ففي كلا المذهبين الشرط فاسد . ولكن مذهب مالك يتدرج في ترتيب الجزاء على هذا الشرط الفاسد ، فتارة يبطل الشرط والعقد معاً ، وطوراً يبطل الشرط ويستبقى العقد صحيحاً ،

(١) وننقل هنا بعض نصوص الفقه الحنبلي فيما قدمناه . جاء في المفتى (جزء ٤ ص ٢٨٦) . «الرابع اشتراط ما ينافي مقتضى العقد، وهو على ضربين: أحدهما اشتراط ما يبنى على التغلب والسراية، مثل أن يشترط البائع على المشتري عتق العبد ، فهل يصح ؟ على روايتين: أحدهما يصح، وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعي ، لأن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة وشرط أهلها عليها عتقها وولاءها ، فأنكر النبي صلى الله عليه وسلم شرط الولاء دون العتق . والثانية الشرط فاسد ، وهو مذهب أبي حنيفة لأنه شرط ينافي مقتضى العقد ... وليس في حديث عائشة أنها شرطت لهم العتق وإنما أخبرتهم بإرادتها كذلك من غير شرط فاشترطوا الولاء ... الشرط الثاني أن يشترط غير العتق ، مثل أن يشترط ألا يبيع ولا يهب ولا يعتق ولا يملأ ، أو يشترط عليه أن يبيعه أو يقفه ، أو متى تفق المبيع وألا رده ، أو أن غصبه غاصب يرجع عابه بالثمن ، وأن أعنته فالولاء له، فهذه وأشباهاها شروط فاسدة . وهل يفسد بها البيع ؟ على روايتين : قال القاضي المنصوص عن أحمد أن البيع صحيح وهو ظاهر كلام الحرقى هما ، وهو قول الحسن والشعبي والنخعي والحكم وابن أبي ليلى وأبي ثور . والثانية البيع فاسد وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي .»

وجاء في الشرح الكبير على المقنع (جزء ٤ ص ٥٤ - ٥٥) . «قال ابن المنذر خبر بريرة ثابت ولا نعلم خبراً يعارضه ، فالقول به يجب . فإن قيل المراد بقوله «اشترط لهم الولاء ، أي عليهم بدليل أنه أمرها به ولا يأمرها بفاسد ، قلنا لا يصح هذا التأويل بوجهين . أحدهما أن الولاء لها بإعتاقها فلا حاجة إلى اشتراطه . الثاني أنهم أبوا البيع ألا أن يشترط لهم الولاء فكيف يأمرها بما علم أنهم لا يقبلونه منها . وأما أمرها بذلك فليس هو أمرها على الحقيقة ، وإنما هو صيغة الأمر بمعنى التسوية بين الإشتراط وتركه ، كقوله تعالى استغفر لهم أو لا تستغفر لهم، وقوله أصبروا أو لا تصبروا ، والتقدير اشترطوا لهم الولاء أو لا تشترطوا ، ولهذا قال عقيبه فإنما الولاء لمن أعتق ... إلا إذا شرط العتق ، ففي صحته روايتان . أحدهما يصح وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعي ، لأن عائشة اشترت بريرة وشرط عليها أهلها عتقها وولاءها ، فأنكر النبي صلى الله عليه وسلم شرط الولاء دون العتق . والثانية الشرط فاسد ، وهو مذهب أبي حنيفة ، لأنه شرط ينافي مقتضى العقد أشبه ما لو شرط ألا يبيعه ، ولأنه شرط لإزالة ملكه عنه أشبه ما إذا اشترط أن يبيعه ، وليس في حديث عائشة أنها شرطت لهم العتق ، وإنما أخبرتهم أنها تريد ذلك من غير شرط فاشترطوا وولاءها .»

وثالثة يبطل الشرط والعقد معاً إلا إذا نزل المشترط عن شرطه فيسقط الشرط ويبقى العقد ، وقد مر ذكر ذلك .

(ب) ويكون الشرط فاسداً أيضاً إذا ورد في النهي عنه نص خاص . وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة وعن شرطين في بيع وعن بيع وسلف ، وقال عليه السلام : « لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا بيع ماليس عندك » . فهناك إذن نص خاص في النهي عن الجمع بين شرطين في العقد ، وفي النهي عن الجمع بين بيع وسلف .

أما الجمع بين شرطين في العقد فممنوع في مذهب أحمد كما قدمنا . والشرطان المنهى عنهما هما الشرطان اللذان فيهما منفعة لأحد المتعاقدين دون أن يقتضيهما العقد أو يلائمهما ، ولو انفرد أي منهما كان صحيحاً . مثل ذلك من اشترى ثوباً واشترط على البائع خياطته وقصارته ، أو طعاماً واشترط طحنه وحمله . فاجتماع الشرطين في العقد يبطل الكل : الشرطان باطلان والعقد باطل . أما أن شرط شرطين أو أكثر من مقتضى العقد أو بما يلائم العقد ، مثل أن يبيعه بشرط الرهن أو الضمين وبشرط أن يسلم إليه المبيع أو الثمن ، فهذا لا يؤثر في العقد وإن كثر (١) .

وأما الجمع بين بيع وسلف فممنوع أيضاً . ومعناه في مذهب أحمد أن يشترط أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر عقداً ثانياً مستقلاً في مقابل العقد الأول ، وليس معناه مجرد اجتماع صفتين في عقد واحد ، فقد قدمنا أن مجرد اجتماع صفتين في عقد واحد يجوز كما إذا اشترط سكنى الدار أو حمل الحطب أو خياطة الثوب . وقد جاء في المعنى (جزء ٤ ص ٢٨٥) : « والثاني

(١) الشرح الكبير على المقنع جزء ٤ ص ٥٢ - ٥٣ وقد جاء فيه (ص ٥٣) بعد ذلك : « ولم يفرق الشافعي وأصحاب الرأي بين الشرط والشرطين ، وردوا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ، ولأن الصحيح لا يؤثر في البيع وإن كثر والفاسد يؤثر فيه وإن انحدر . والحديث الذي روينا يدل على الفرق ، ولأن الفرار اليسير إذا احتمل في العقد لا يلزم احتمال الكثير ، وحديثهم ليس له أصل وقد أنكره أحمد ، ولا نعرفه مروياً في مسند ، فلا يعمل عليه » .

أن يشترط عقداً في عقد ، نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر أو يشتري منه أو يؤجره أو يزوجه أو يسلفه أو يصرف له الثمن أو غيره ، فهذا شرط فاسد يفسد به البيع ، سواء اشترطه البائع أو المشتري . ثم جاء في ص ٢٩٠ - ص ٢٩١ : ، ولو باعه بشرط أن يسلفه أو يقرضه ، أو شرط المشتري ذلك عليه ، فهو محرم والبيع باطل . وهذا مذهب مالك والشافعي ولا أعلم فيه خلافاً ، ألا أن مالكا قال أن ترك مشروط السلف السلف صح البيع . ولنا ما روى عبد الله بن عمرو أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع مالم يضمن وعن بيع مالم يقبض وعن بيعتين في بيعة وعن شرطين في بيع وعن بيع وسلف . أخرجه أبو داود الترمذي وقال حديث حسن صحيح ، وفي لفظ لا يحل بيع وسلف . ولأنه اشترط عقداً في عقد ففسد بيعتين في بيعة ، ولأنه إذا اشترط القرض زاد في الثمن لأجله فتصير الزيادة في الثمن عوضاً عن القرض وربحاً له وذلك رباح محرم ، ففسد كما لو صرح به ، ولأنه بيع فاسد فلا يعود صحيحاً كما لو باع درهما بدرهمين ثم ترك أحدهما ، . هذا ويحتمل أن يبطل الشرط وحده ، ولكن المشهور في مذهب أحمد أن هذا الشرط الفاسد يبطل العقد .

ويبدو أن المذهب الحنبلي ، في منعه الجمع بين شرطين في العقد والجمع بين بيع وسلف ، إنما يحتفظ ببقايا من مبدأ وحدة الصفقة ، كما فعل المذهب المالكي في منعه الجمع بين بيع وسلف . وإنما تخطى المذهبان الحنبلي والمالكي مبدأ وحدة الصفقة في البيع والشرط الواحد لأن خطب الشرط الواحد يسير ، وهو تابع للعقد و متمم له ، فلا يخل بوحدة إخلاصاً جسيماً . أما إذا كان لتعدد الصفقة مظهر أوضح ، بأن اجتمع في العقد شرطان لا شرط واحد عند أحمد أو بأن اجتمعت صفقتان متقابلتان في عقد واحد عند أحمد ومالك ، فهذا تعدد جسيم في الصفقة لا يجوز احتماله ، وما احتل منه اليسير لا يحتمل منه الكثير .

فالمذهبان المالكي والحنبلي وقفا جامدين هنا ، ولم يتخطيا مبدأ وحدة الصفة تخطيا تاما ولم يميزا تعدد الصفة في صورته السافرة . وتنظر الآن ماذا فعل ابن تيمية .

استكمال المذهب الحنبلي بأقوال ابن تيمية :

يقول ابن تيمية : أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة ، ولا يحرم ويبطل منها إلا ما دل على تحريمه وأبطله نص أو قياس عند من يقول به ، وأصول أحمد رضي الله عنه المنصوصة يجرى أكثرها على هذا القول ، ومالك قريب منه ، لكن أحمد أكثر تصحيحا للشروط ، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا للشروط منه (فتاوى ابن تيمية ٣ ص ٣٢٦ و ٣٢٩ وما بعدها) . ويستدل ابن تيمية لصحة ما يقول بالنقل والعقل . أما النقل فلقوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ، ، ولقوله عليه السلام « والمسلمون على شروطهم ، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً ، . وأما العقل فإنه يقول : « أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية — أي ليست من العبادات — والأصل فيها عدم التحريم فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم . كما أن الأعيان الأصل فيها عدم التحريم ، وقوله تعالى : وقد فصل لكم ما حرم عليكم ، عام في الأعيان والأفعال . وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة ، لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم ، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة ، (الفتاوى ٣ ص ٣٣٤) . فالوفاء بالشروط إذن واجب بالنقل والعقل ، وبخاصة بعد أن رضيها المتعاقد مختاراً ، فإن الأصل في العقود رضا المتعاقدين ، ونتيجتها هي ما أوجباه على نفسيهما بالتعاقد ، لقوله تعالى : ألا أن تكون تجارة عن تراض ، ، وقال : فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً ، فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه ، فدل على أنه سبب له . وإذا كان طيب النفس هو المبيع للصداق ، فكذلك سائر التبرعات ، قياساً بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن .

وكذلك قوله تعالى « ألا أن تكون تجارة عن تراض منكم ، لم يشترط في التجارة إلا التراضي وذلك يقتضى أن التراضي هو المبيع للتجارة ، وإذا كان كذلك ، فإذا تراضى المتعاقدان ، أو طابت نفس المتبرع بتبرع ، ثبت حله بدلالة القرآن ، ألا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله كالتجارة في الخمر ونحو ذلك (الفتاوى ٣ ص ٢٣٦ - ٢٣٧)

ويستخلص ابن تيمية من هذه المقدمات أن الأصل في الشرط أن يكون صحيحاً ويصح معه العقد ، سواء كان ذلك في المعاوضات أو في التبرعات . ففي المعاوضات يجوز للبائع أن يشترط منفعة المبيع كأن يسكن الدار شهراً أو ينتفع بزراعة الأرض سنة ، ويجوز للمشتري أن يشترط على البائع أن يخطط له الثوب أو يحمل المبيع إلى داره أو يحصد الزرع ، ويجوز أن يشترط البائع إذا باع الرقيق أن يعتقه المشتري ، ولكن لا يجوز أن يشترط البائع أن يكون الولاء له عند الإعتاق لأن هذا شرط يحلل حراماً . وفي التبرعات يجوز لمن أعتق عبداً أن يشترط عليه أن يخدمه طول حياته ، حياة العبد أو السيد ، وقد ورد أن أم سلبية أعتقت عبداً سفيناً واشترطت عليه أن يخدم الرسول صلى الله عليه وسلم ما عاش (الفتاوى ٣ ص ٣٢٧) . ويجوز للواهب أو الواقف أن يشترط لنفسه منفعة ما يهبه أو يقفه مدة معينة أو طول حياته (نظرية العقد لابن تيمية ص ١٦ - الفتاوى ٣ ص ٣٨٩ - ص ٣٩٠) . بل يصح أن تكون المنفعة التي استثنائها المتبرع وأضافها لنفسه منفعة غير معلومة ، إذ يجوز في التبرعات من الغرر ما لا يجوز في المعاوضات كما تقدم القول . وفي هذا يقول ابن تيمية : « يجوز لكل من أخرج عينا عن ملكه بمعاوضة كالبيع والخلع ، أو تبرع كالوقف والعتق ، أن يستثنى بعض منافعها . فإن كان مما لا يصح فيه الغرر كالبيع . فلا بد أن يكون المستثنى معلوماً لما روى عن جابر . وإن لم يكن كذلك كالعتق والوقف ، فله أن يستثنى خدمة العبد ما عاش عبده أو عاش فلان ، أو يستثنى غلة الوقف ما عاش الواقف . (الفتاوى ٣ ص ٣٤٢ - ص ٣٤٣) .

ويبنى ابن تيمية على ما تقدم أن الشرط لا يفسد إلا على سبيل الاستثناء ،
وفي موضعين :

(الأول) إذا كان الشرط ينافي المقصود من العقد ، مثل أن يشترط
البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه أو يؤجره . ذلك أن العقد إذا كان له
مقصود يراد في جميع صورته ، ثم شرط العاقد فيه ما ينافي هذا المقصود ،
فقد جمع بين المتناقضين ، بين إثبات المقصود ونفيه ، فمثل هذا الشرط
باطل ، ويقول ابن تيمية في تفسيره للمعنى المراد بالشرط الذي ينافي
المقصود في العقد وفي تمييزه بين هذا الشرط والشرط الذي يناقض الشرع ،
ما يأتي : « أن العقد له حالان ، حال إطلاق وحال تقييد ، ففرق بين العقد
المطلق وبين المعنى المطلق من العقود . فإذا قيل هذا شرط ينافي مقتضى
العقد ، فإن أريد به ينافي العقد المطلق فكذلك كل شرط زائد وهذا
لا يضره ، وأن أريد ينافي مقتضى العقد المطلق والمقيد إحتاج إلى دليل
على ذلك . وإنما يصح هذا إذا أتى في مقصود العقد ، فإن العقد إذا كان له
مقصود يراد في جميع صورته وشرط فيه ما ينافي ذلك المقصود ، فقد جمع
بين المتناقضين ، بين إثبات المقصود ونفيه ، فلا يحصل شيء . ومثل هذا
الشرط باطل بالاتفاق ، بل هو مبطل للعقد عندنا . والشروط الفاسدة قد
تبطل لكونها قد تنافي مقصود الشارع ، مثل اشتراط الولاء لغير المعتق ،
فإن هذا لا ينافي مقتضى العقد ولا مقصوده فإن مقصوده الملك ، والعقق قد
يكون مقصوداً للعقد فإن اشتراء العبد لعنقه يقصد كثيراً . فثبت الولاء
لا ينافي مقصود العقد ، وإنما ينافي كتاب الله وشرطه كما بينه النبي صلى الله
عليه وسلم بقوله : كتاب الله أحق ، وشرط الله أوثق . فإذا كان الشرط
منافياً لمقصود العقد كان العقد لغواً ، وإذا كان منافياً لمقصود الشارع كان
مخالفاً لله ورسوله . فأما إذا لم يشتمل على واحد منهما ، إذا لم يكن لغواً
ولا اشتمل على ما حرمه الله ورسوله ، فلا وجه لتحريمه بل الواجب حله ،
لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه ، إذ لو لا حاجتهم إليه لما فعلوه ،
فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه ، ولم يثبت تحريمه فيباح لما في
الكتاب والسنة مما يرفع الحرج . »

(الثاني) الشرط الذي يناقض الشرع فيحل الحرام ، ويبدو أن ابن تيمية يبدأ بالتمييز بين منطقة الحرام ومنطقة المباح . فلا يستطيع الشرط في منطقة الحرام أن يجعل الحرام حلالا ، بل كل ما كان حراما بدون الشرط فالشرط لا يبيحه ، كالزنا وكشوت الولاء لغير المعتق . وأما ما كان مباحا بدون الشرط ، كالزيادة في مهر المثل وكالتبرع برهن لتوثيق الثمن ، فيصح أن يوجب الشرط فعله بعد أن كان تركه مباحا ، بل كان تركه هو الأصل المعمول به مادام الشرط الموجب لفعله لم يوجد ، وليس في ذلك تحريم للحلال أو تحليل للحرام ، فيكون الشرط الموجب لفعل المباح شرطا مشروعا ، ومن ثم يكون صحيحا . ويقول ابن تيمية في هذا المعنى ما يأتي :
فإن المشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله . . . وإنما المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجبا بدونه ، فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجبا ولا حراما . . وكل شرط صحيح فلا بد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجبا . .
وكذلك إذا اشترط صفة في المبيع أو رهنا ، أو اشترطت المرأة زيادة على مهر مثلها ، فإنه يجب ويحرم ويباح بهذا الشرط ما لم يكن كذلك . وهذا المعنى هو الذي أوهم من اعتقد أن الأصل فساد الشروط ، قالوا لأنها إما أن تبيح حراما أو تحرم حلالا أو توجب ساقطا أو تسقط واجبا ، وذلك لا يجوز إلا بإذن الشارع . . . وليس كذلك ، بل كل ما كان حراما بدون الشرط فالشرط لا يبيحه ، كالزنا وكالوطء في ملك الغير وكشوت الولاء لغير المعتق ، فإن الله حرم الوطء إلا بملك نكاح أو عمن ، فلو أراد رجل أن يعير أمته للوطء لم يحز له ذلك ، بخلاف إعارتها للخدمة فإنه جائز . وكذلك الولاء . نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الولاء وعن هبته ، وجعل الله الولاء كالنسب يثبت للمعتق كما يثبت النسب للوالد . . فهذا أمر لا يجوز فعله بغير شرط فلا يبيح الشرط ما كان حراما . وأما ما كان مباحا بدون الشرط فالشرط يوجبه ، كالزيادة في المهر والثمن والمثمن والرهن ، . .

ونرى من ذلك أن ابن تيمية لا يجعل الشرط فاسدا إلا إذا كان منافيا

للمقصود من العقد وهذا طبعى ، وإلا إذا كان مناقضا للشرع فيحل حراما وهذا أشبه في الفقه الغربى بالشرط الذى يخالف القانون أو النظام العام . ولم يعرض ابن تيمية لتحريم اجتماع الشرطين ولا لتحريم اجتماع البيعتين فى بيعة أو اجتماع البيع والسلف . ومن ثم يكون تطور الفقه الإسلامى فى تصحيح الشروط قد وصل على يد ابن تيمية إلى غاية تقرب مما وصل إليه الفقه الغربى الحديث .

٥ — مقارنة ما بين المذاهب الأربعة فى تصحيح الشروط المقترنة بالعقد

مقارنة ائمهالفة :

يتبين مما قدمناه أن المذاهب الأربعة ، من ناحية تصحيح الشروط المقترنة بالعقد ، يمكن تقسيمها إلى قسمين رئيسين :

١ — قسم يضيق فى تصحيح الشروط ويلتزم مبدأ وحدة الصفقة ، فلا يبيع إلا شرطاً اقتضاه العقد أو لأم العقد أو جرى به التعامل ، وهذان هما المذهب الحنفى والمذهب الشافعى (١) .

(١) على أن المذهب الذى يحتفظ بمبدأ وحدة الصفقة كاملاً ، فلا يبيع الشروط إلا فى أضيق الحدود ، ولا يصح منها إلا ما ورد نص بصحته ، هو مذهب الظاهرية . جاء فى المحلى لابن حزم . (جزء ٨ ص ٤١٢ — ٤١٣) : « فان ذكر الشرط فى حال عقد البيع ، فالبيع باطل مفسوخ والشرط باطل ، أى شرط كان لا تحاش شيئاً ، إلا سبعة شروط فقط فإنها لازمة والبيع صحيح إن اشترطت فى البيع ، وهى : اشتراط الرهن فيما تبايعاه إلى أجل مسمى ، واشتراط تأخير الثمن ... إلى أجل مسمى ، واشتراط إداء الثمن إلى الميسرة وإن لم يذكر أجل ، واشتراط صفات المبيع التى يتراضيانها معاً ... واشتراط ألا خلافة ، وبيع العبد أو الأمة فيشترط المشتري ما لهما أو بعضه ... وبيع أصول نخل فيها ثمرة قد أبرت قبل الطيب أو بعده فيشترط المشتري الثمرة لنفسه ... فهذه ، ولا مزيد . وسائرهما باطل كما قدمنا ، كمن باع مملوكاً بشرط العتق أو أمة بشرط الإبلاد أو دابة واشترط ركوبها مدة معينة ... أو داراً واشترط سكناها ... وأما تصحيحنا الشروط السبعة التى ذكرناها منصوص على صحتها . . فأما اشتراط الرهن فى البيع إلى أجل غير مسمى ، فلقوله تعالى . ولم تجدوا كاتباً فماتت مقبوضة — وأما اشتراط تأخير الثمن إلى أجل مسمى ، فلقوله الله تعالى . إذا تدابنتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه — وأما اشتراطه ألا خلافة » =

٢ - وقسم يتوسع في تصحيح الشروط ولا يلتزم مبدأ وحدة الصفقة، فيبيح الشروط ما لم تكن منافية لمقتضى العقد أو مناقضة للشرع ، وهذان هما المذهب المالكي والمذهب الحنبلي .

فتطور الفقه الإسلامى نحو تصحيح الشروط ، ونبذ مبدأ وحدة الصفقة الذى كان أساسا من أسس الصناعة القانونية فى المراحل الأولى من تطور القانون ، أوضح وأبرز فى القسم الثانى منه فى القسم الأول . على أنه يبدو لنا أن المذهب الحنفى على ضيقه فى تصحيح الشروط وتأخره فى التطور من هذه الناحية ، هو أكثر المذاهب تقدما من ناحية تنسيق الصناعة القانونية ، فنظريته فى فساد العقد تفوق فى وضوحها وتسلسلها المنطقى نظائرها فى المذاهب الأخرى .

مقارنة تفصيلية :

على أن هناك فروقا تفصيلية ما بين المذهب الحنفى ومذهب الشافعى اللذين ينتظمهما القسم الأول ، وكذلك ما بين المذهب المالكي والمذهب الحنبلي اللذين ينتظمهما القسم الثانى.

فالمذهب الحنفى ومذهب الشافعى يبيحان جميعاً الشرط الذى يقتضيه العقد. ويبيحان كذلك الشرط الذى يلائم العقد ، إلا أن المذهب الحنفى يبيحه

== فقد ذكرنا الخبر فى ذلك .. وأما اشتراط الصفات .. فلقول الله تعالى . ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ، فنص تعالى على التراضى منهما والتراضى لا يكون إلا على صفات المبيع وصفات الثمن ضرورة — وأما اشتراط الثمن إلى المبصرة ، فلقوله تعالى : وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ... وأما مال العبد والأمة واشتراطه ، واشتراط ثمر النخل المؤبر ، فلما روينا ... أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال . من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع . ومن باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع . ولا يخفى أن من الشروط السبعة المصححة التى ذكرها ابن حزم ما هو أجل وما هو شرط تعليق وما هو صفة فى الحول ، وليست كلها شروطا مقترنة بالعقد على المعنى الذى سبق أن أوردناه .

استثناء على سبيل الاستحسان ، ومذهب الشافعي يبيحه أصلا لا استثناء . ثم يتميز المذهب الحنفي على مذهب الشافعي بإفساحه المجال للشرط الذي جرى به التعامل ، ويبيحه استحسانا كذلك ، فيدخل العرف من هذا الباب عنصرا مرنا يطور الفقه الاسلامي . أما مذهب الشافعي فلا تكاد تلح فيه باب جريان التعامل مفتوحا ، وإنما يتحدث المذهب عن شرط تدعو إليه الحاجة فهو شرط لمصلحة العقد ، ويمزج بينه وبين الشرط الذي يلائم العقد . ولكن مذهب الشافعي ، من جهة أخرى ، يصحح شروطا لا يصحها المذهب الحنفي ، من ذلك اشتراط بائع الرقيق على مشتريه أن يعتقه ، ومن ذلك ما يشترط الزوج في زوجته من بكاره أو جمال أو غير ذلك ، وما تشترط الزوجة في زوجها من مال أو حرفة أو مورد للعيش (١) .

أما المذهب المالكي والحنبلي فيصدران جميعا عن مبدأ واحد ، هو أن الأصل في الشروط الصحة والفساد هو الاستثناء ، فينبذان بذلك إلى حد كبير مبدأ وحدة الصفقة (٢) . وقد يزيد المذهب الحنبلي على المذهب المالكي في تصحيح الشروط ، كما أشار إلى ذلك ابن تيمية حين قال : « وأصول أحمد رضي الله عنه المنصوصة يجرى أكثرها على هذا القول ، ومالك قريب منه ، لكن أحمد أكثر تصحيحا للشروط ، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا للشروط منه » . فيجوز في مذهب أحمد مثلا أن تشترط الزوجة على زوجها

(١) ولعل الأستاذ زكي الدين شعبان قد قسا على مذهب الشافعي عندما قارنه بالمذهب الحنفي على الوجه الآتي . « الحنفية باعتمادهم العرف في صحة الشروط التي لا يقتضيها العقد قد فتحو جزءا كبيرا من باب الشروط أمام المتعاقدين . . . والشافعية يتمسكهم بمقتضى العقود ، وتشدد في ذلك ، وابطالهم كل شرط لا يوافق ذلك المقتضى — وإن كان لا يخالفه — وفسادهم الشروط المتعارفة ، قد ضيقوا من باب الشروط أكثر من غيرهم ، حتى أنه يمكننا القول بأن الشافعية يقتربون من أهل الظاهر في هذه المسألة » (رسالة الأستاذ زكي الدين المخطوطة ص ١٠٥) .

(٢) ويقول الأستاذ زكي الدين شعبان في رسالته المخطوطة (ص ١٠٥) : « والمالكية والحنابلة بتصحيحهم الشروط التي لا تظهر منافاتها لمقتضى العقد — وإن كانت لا توافق ذلك المقتضى — قد وسعوا دائرة الشروط الصحيحة » .

ألا يخرجها من بلدها أو من دارها ، أو ألا يتسرى ، أو ألا يتزوج عليها ، فإن لم يف لها بشرطها كان لها أن تفسخ الزواج . وهذه الشروط غير جائزة في مذهب مالك .

ولكن التميز الحقيقي للمذهب الحنبلي على المذهب المالكي ليس في الشروط الصحيحة ، وإنما هو الشروط الفاسدة . على أننا إذا أخذنا المذهب الحنبلي كما كان قبل أن يحدد فيه ابن تيمية ، لما كاد يتميز عن المذهب المالكي في ذلك . ففي المذهبين يفسد الشرط إذا كان مناقضاً لمقتضى العقد ، أو كان صفقة أخرى تقابل الصفقة الأصلية كبيع وسلف ، فيخل الشرط بالثمن كما يقول المذهب المالكي ، أو ينهى عن الشرط نص خاص كما يقول المذهب الحنبلي . وفي هذا النوع الثاني من الشرط الفاسد نلح في المذهبين أثراً لمبدأ وحدة الصفقة ، فهما يستبقيان هذا المبدأ في صورة من صورته ، بل أن المذهب الحنبلي يزيد على المذهب المالكي بتحريم اجتماع الشرطين في عقد واحد . أما إذا أخذنا المذهب الحنبلي بعد تجديد ابن تيمية ، فإننا نراه يتقدم تقدماً كبيراً في التطور ، فينبذ مبدأ وحدة الصفقة ، ويضيق من منطقة الشروط الفاسدة ، فلا يكون الشرط فاسداً إلا إذا كان منافياً لمقتضى العقد ، أو إلا إذا كان مناقضاً للشرع أى إلا إذا كان مخالفاً للقانون أو للنظام العام أو للآداب .

فيقترب المذهب الحنبلي على هذا النحو كثيراً من الفقه الغربي ، ففي الفقه الغربي كل شرط يقترن بالعقد يكون صحيحاً إلا إذا كان شرطاً مستحيلاً أو شرطاً يخالف القانون أو النظام العام أو الآداب فيلغو الشرط ويصح العقد ، ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً . فالفقه الغربي كما نرى قد تحرر نهائياً من ربة مبدأ وحدة الصفقة الذي كان يسود الصناعة القانونية في المراحل الأولى من تطور القانون . ويكاد يضاهيه في ذلك المذهب الحنبلي ، فقد تطور تطوراً كبيراً ، وبخاصة على يد ابن تيمية كما سبق القول .

أما بلوغ التطور إلى غايته القصوى ، وإباحة الشروط المقترنة بالعقد إباحة عامة إلا إذا كانت مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب ، ونبدأ مبدأ وحدة الصفقة نبذاً تاماً باعتباره من مخلفات الصناعة القانونية القديمة وقد تخطته النظم القانونية الحديثة ، فنرى ذلك كله في تعديل سبق أن أدخل على مجلة الأحكام العدلية في عهد العثمانيين (١) ، ثم نراه في صورة أكثر بروزاً في التقنين المدني العراقي الجديد ، حيث تنص المادة ١٣١ منه على ما يأتي :

١ - يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة .

٢ - كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقلين أو للغير ، إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب ، وإلا لغا الشرط وصح العقد ، ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً .

(١) وكان ذلك بإدخال مادة جديدة على الوجه الآتي . «البيع بشرط يعود نفعه على أحد العاقلين صحيح ، والشراء معتبر . فإذا باع البائع فرساً على أن يركبها مدة كذا ، أو اشترى المشتري شيئاً مقابل سكنى داره المملوكة ، فذلك البيع صحيح والشرط معتبر » . وجاء في المذكرة التفسيرية . «أن تقييد البيع بشرط (بعل) ، كما أنه لا يجوز عند الحنفية ، كذلك لم تجز المالكية (٢) والشافعية . وفي زماننا هذا نرى أن البيوع تنقد خلافاً لهذه المذاهب الثلاثة ، فوجب القول بما تقول به الحنابلة لتقريب أعمال الناس إلى الجواز ما استطعنا إلى ذلك سبيلاً » .

المطلب الثاني

الربا

نبدأ بتحديد منطقة الربا في الفقه الإسلامي في شيء من الإيجاز . ثم نستعرض الاتجاهات المختلفة التي عملت على التضييق من هذه المنطقة . ونخلص من ذلك إلى بيان ما ينبغي أن يكون عليه موقف الفقه الإسلامي من هذه المسألة الخطيرة في العصر الحاضر .

§ تحديد منطقة الربا في الفقه الإسلامي

الربا في عرف الشرع نوعان : ربا الفضل وربا النساء أو النسئة . ولتحديد منطقة الربا في الفقه الإسلامي نستعرض أموراً ثلاثة : (أولاً) تعيين الأموال التي يدخل فيها الربا ، أي الأموال الربوية . (ثانياً) تحديد ربا الفضل . (ثالثاً) تحديد ربا النسئة .

أولاً — تعيين الأموال الربوية

الحديث الشريف هو مصدر تعيين الأموال الربوية :

لم يرد تعيين الأموال الربوية في القرآن الكريم ، وإنما ورد تعيينها في حديث عن النبي عليه الصلاة والسلام ، رواه محمد عن أبي حنيفة عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الذهب بالذهب ، مثلاً بمثل ، يدا بيد ، والفضل ربا . والفضة بالفضة ، مثلاً بمثل ، يدا بيد ، والحنطة بالحنطة ، مثلاً بمثل ، يدا بيد »

والفضل ربا . والملح بالملح ، مثلا بمثل ، يدا بيد ، والفضل ربا . والشعير بالشعير ، مثلا بمثل ، يدا بيد ، والفضل ربا . والتمر بالتمر ، مثلا بمثل ، يدا بيد ، والفضل ربا . فإذا اختلفت الأصناف ، فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد .

ويقول السرخسي في المبسوط (جزء ١٢ ص ١١٠ - ١١١) في تفسير هذا الحديث : « أما تفسير قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب ، أى بيع الذهب بالذهب ، أو يبيعوا الذهب بالذهب ... وقوله مثل بمثل ، روى بالرفع والنصب ، فعنى الرواية بالرفع بيع الذهب بالذهب مثل بمثل ، ومعنى الرواية بالنصب يبيعوا الذهب بالذهب مثلا بمثل . والمراد به المائلة في القدر دون الصفة ... وفي حديث عبادة بن الصامت رضى الله عنه قال تبره وعينه سواء ، فهذا تنصيص على أن المراد المائلة في الوزن دون الصفة ، لأن التبر لا يساوى العين في الصفة ، وإنما يساويه من حيث المقدار . وقوله يدا بيد ، يجوز أن يكون المراد به عين بعين لأن التعيين يكون بالإشارة باليد ، ويجوز أن يكون المراد قبض بقبض لأن القبض يكون باليد ... ولكن الأصح أن يكون المراد التعيين ، لأنه لو كان المراد به القبض لقال من يد إلى يد لأنه يقبض من يد غيره ، فعرفنا أن المراد التعيين ، إلا أن التعيين في النقود لا يتم إلا بالقبض لأنها لا تتعين في العقود بالإشارة ، فكان اشتراط القبض لتحقيق التعيين المنصوص عليه .. وقوله والفضل ربا ، يحتمل الفضل في القدر ، ويحتمل الفضل في الحال بأن يكون أحدهما نقداً والآخر نسيئة ، وكل واحد منها مراد باللفظ . وقوله ربا ، أى حرام ، أى فضل خال عن العوض والمقابلة ، أما متيقنا به عند فضل القدر ، أو موهوم الوجود عادة لتفاوت بين النقدين والنسبة في المالية - وكذلك تفسير قوله الفضة بالفضة - فأما قوله الحنطة بالحنطة مثل بمثل ، يحتمل المائلة في الكيل ، ويحتمل المائلة في الصفة ، ولكنه في كتاب الصرف ذكر مكان قوله مثلا بمثل « كيلا بكيلا » فتبين أن المراد المائلة من حيث القدر ، وفي حديث عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه قال جيدها ورديها سواء ، فهو

بيان أن المراد المائلة في القدر . وقوله يدأ بيد ، معناه عندنا عين بعين ، ولهذا لا يشترط التقابض في بيع الحنطة بالحنطة لأن التعيين فيها يتم بالإشارة . وقوله والفضل ربا ، يحتمل الفضل في القدر ، ويحتمل الفضل في الحال . وكل واحد منهما مراد ، وقد فسر ذلك في حديث عبادة بن الصامت رضي الله تعالى عنه فقال من زاد أو ازداد فقد أربى - وكذلك الشعير والتمر والملح ، .

امتداد منطقة الربا الى غير هذه الاموال الستة :

والظاهرية يقصرون الأموال الربوية على هذه الأموال الستة التي وردت في الحديث الشريف: الذهب والفضة والحنطة والشعير والتمر والملح . ولكن جمهور الفقهاء لا يقفون عند هذه الأموال الستة ، بل يبحثون عن المعنى الذي يتعدى به الحكم إلى غيرها من الأموال . إذ ليس في الحديث أن مال الربا ستة أشياء ، ولكن ذكر حكم الربا في الأشياء الستة ، وفائدة تخصيص هذه الأشياء بالذكر أن عامة المعاملات يومئذ كان بها . ثم اختلفوا بعد ذلك في المعنى الذي يتعدى به إلى سائر الأموال .

قال الحنفية - وكذلك الحنابلة في ظاهر مذهبهم - أن العلة أو الضابط الذي تعرف به الأموال الربوية هو أمران :

١ - أن يكون المال مما يوزن كالذهب والفضة ، أو مما يكال كالحنطة والشعير والتمر والملح . وهذا هو القدر ، أى معرفة القدر عن طريق الوزن أو الكيل .

٢ - أن يتحد الجنس في المالين المتبادلين - فعند الحنفية والحنابلة إذن العلة في الأموال الربوية شطران : القدر والجنسية .

وعند الشافعية العلة في الحنطة والشعير والتمر والملح هي الطعم ، وفي الذهب والفضة هي الثمنية .

وعند المالكية العلة في الذهب والفضة هي الثمنية ، وفي الأشياء الأربعة الأخرى الاقتيات والادخار .

والذي برز من هذه الأقوال هو قول الحنفية بالقدر والجنسية وقول الشافعية بالطعم والتمنية . وتجرى المقابلة عامة ما بين هذين القولين فنقتصر عليهما .

فعند الحنفية يجري الربا في كل مكيل أو موزون بجنسه ، سواء كان مطعوماً أو غير مطعوم ، وسواء كان ثمناً أو مثمناً . فيجرى الربا في الخنطة والشعير والتمر والملح والأذرة والأرز والعدس ، وهذه مطعومة . ويجرى في الذهب والفضة ، وهذان ثمنان . ويجرى في الحناء والنورة والجص . وهذه غير مطعومة ولكنها مكيلة . ويجرى في الحديد والرصاص والنحاس والجواهر والآلئ ، وهذه غير أثمان ولكنها موزونة . ويجرى في اللحم والسمن والخضروات والسكر وبعض الفاكهة ، وهذه وإن كانت مطعومة إلا أنها أيضاً موزونة .

وعند الشافعية يجري الربا في كل مطعوم ، سواء دخله الكيل والوزن أو لم يدخله . فيجرى الربا في الخنطة والشعير والتمر والملح والأذرة والأرز والعدس ، وهذه يدخلها الكيل . ويجرى في اللحم والسمن والخضروات والسكر وبعض الفاكهة ، وهذه يدخلها الوزن . ويجرى في البطيخ والبيض والجوز والخيار والقثاء والسفرجل والرمان . وهذه لا يدخلها كيل ولا وزن ولكنها مطعومة . وكل مطعوم يدخل فيه الربا عند الشافعي ، سواء أخذ قوتاً أو أداماً أو فاكهة أو دواء . ويجرى الربا في الذهب والفضة لأنهما أثمان لا لأنهما موزونان ، فلا يجري الربا في الحديد والرصاص والنحاس والجواهر والآلئ لأنها ليست بأثمان (١) .

(١) ونذكر هنا ، زيادة في الإيضاح ، أن الحديث الشريف قد ورد فيه أولاً : « الذهب بالذهب . . . والفضة بالفضة » . فاعتدت الحنفية فيهما بالوزن ، وقاسوا عليهما كل ما يوزن ولو كان غير ثمن ، مطعوماً كان أو غير مطعوم . واعتدت الشافعية بالتمنية ، فوقفوا عند الذهب والفضة ولم يعمدوا . وتبين ذلك من الجدول الآتي :

ونورد ما يحتاج به الحنفية لمذهبهم وما يحتاج به الشافعية لمذهبهم ، ثم نوازن ما بين حجج الفريقين .

ما يحتاج به الحنفية في أنه العدة في الأموال الربوية هي الفدر والحنفية :
ويحتاج الحنفية لمذهبهم بأن قول النبي عليه السلام ، الحنطة بالحنطة ،
معناه بيع الحنطة بالحنطة ، والبيع لا يجري باسم الحنطة ، فالاسم يتناول
الحبة الواحدة ولا يبيعها أحد . ولو باعها لم يجز لأنها ليست بمال متقوم .
فعلم ضرورة أن المراد الحنطة التي هي مال متقوم ، ولا يعلم ماليتها
إلا بالكيل ، فصارت صفة الكيل ثابتة بمقتضى النص ، فكأنه قال الذهب

(موزون) الذهب والفضة (ثمن)

الشافعية (التمنية)

الحنفية (الوزن)

(موزون غير ثمن وهو مطوم) : اللحم والسمك والسن والخضراوات
والسكر وبعض الفاكهة ألخ .
(موزون غير ثمن ولا مطوم) : الحديد والنحاس والرماس والجواهر والآلى ألخ .
ثم ورد في الحديث الشريف تأمينا : « الحنطة بالحنطة . . والمالح بالمالح . . والشعر بالشعر .
والتمر بالتمر » . فاعتدت الحنفية فيها بالكيل ، وقاسوا عليها كل مكيل ولو كان غير مطوم .
واعتدت الشافعية بالطعم ، فماسوا عليها كل مطوم ولو كان غير مكيل ، موزونا كان أو غير
موزون . ويتبين ذلك من الجدول الآتي :
(مكيل) الحنطة والمالح والشعر والتمر (ويقاس عليها في المذهبين : الأذرة والأرز والعدس (مطوم) .

الشافعية (الطعم)

الحنفية (الكيل)

(مكيل غير مطوم) : الحناء والنورة
والجص ألخ .
(مطوم غير مكيل وهو موزون) : اللحم والسمك
والسن والخضراوات والسكر وبعض الفاكهة ألخ .
(مطوم غير مكيل ولا موزون) : البطيخ والرمان
والفرجل والقثاء والخيار والجوز واليصب ألخ .

الموزون بالذهب ، والحنطة المسكية بالحنطة . والصفة من اسم العلم تجرى مجرى العلة للحكم ، وما ثبت بمقتضى النص فهو كالمخصوص . ولما كان النبي صلى الله عليه وسلم قد قال الحنطة بالحنطة مثل بمثل ، فقد أوجب المائلة لجواز العقد . وإذا ثبت أن الحكم وجوب المائلة ، ولا يتصور ثبوت الحكم بدون محله ، عرفنا أن المحل الذى لا يقبل المائلة لا يكون مال الربا أصلاً ، والحفنة والتفاحة لا تقبل المائلة بالاتفاق فلم تكن مال الربا . والدليل أن صاحب الشرع صلى الله عليه وسلم ما نص على حكم الربا إلا مقروناً بالمخلص ، فكل علة توجب الحكم فى محل لا يقبل المخلص أصلاً فهى علة باطلة . والطعم بهذه الصفة ، فإنه يوجب الحكم فى الرمان والسفرجل ولا يتصور فيهما المخلص . ويتبين بما ذكر فساد العلة بالطعم والثنية ، فإنها علة قاصرة لا تعدى إلى الفروع ، ولأنها تثبت الحكم على مخالفة الأصول . ولأن الطعم عبارة عن أعظم وجوه الانتفاع بالمال ، وكذلك الثنية فإنها تنبئ عن شدة الحاجة إليه ، وتأثير الحاجة فى الإباحة لا فى الحرمة ، كتناول الميتة تحل باعتبار الضرورة . وإذا كانت الثنية والطعم ينبئان عن شدة الحاجة ، فلا يصلح أن يكونا علة للحرمة . والذى قال أن صاحب الشرع نص على الأشياء الأربعة ، قلنا قد نص على الأشياء الستة وعطف بعضها على بعض ، فينبغى أن تكون العلة فى الكل واحدة ، وذلك الجنس والقدر ، ثم الكيل والوزن اختلاف عبارة فى القدر كالصاع والقفيز ونحوه . فأما إذا كانت العلة فى النقود الثنية وفى سائر الأشياء الأربعة الطعم ، لم يستقم عطف بعضها على بعض ، إذ لا موافقة بين الثنية والطعم . (أنظر فى كل ذلك المبسوط ١٢ ص ١١٦ - ص ١٢٠) .

ما يحنج به السافعية فى أنه العلة فى الأموال الربوية هى "الطعم والثنية":

ويحتاج الشافعى فى إثبات أصله بأن الشرع قد شرط لجواز البيع فى هذه الأموال شرطين زائدين : المساواة واليد باليد . فعرفنا أن الموجب لزيادة

هذين الشرطين معنى في المحل ينبيء عن زيادة خطر . والمعنى الذى ينبيء عن زيادة الخطر في الذهب والفضة لا يكون إلا الثمنية ، لأنها خلقا لذلك ، وبالتمنية حياة الأموال . والمعنى الذى ينبيء عن زيادة الخطر في الأشياء الأربعة الأخرى لا يكون إلا الطعم ، لأن بالطعم حياة النفوس . فعرفنا أن العلة الموجبة لهذين الشرطين الطعم والتمنية ، ولهذا جعلنا الجنسية شرطا لا علة . وهذا يتبين فساد التعليل بالقدر ، فإنه لا ينبيء عن زيادة خطر في المحل ، فالجص يكال مع أنه شئ . هين لا تتعلق به حياة نفس ولا مال وإنما هو معد لتزيين البناء . ولأن الشرع ذكر عند بيان حكم الربا جميع الأثمان وهي الذهب والفضة ، وذكر من المطعومات أنفس كل نوع ، فالحنطة أنفس مطعوم بنى آدم ، والشعير أنفس علف الحيوان ، والتمر أنفس الفواكه ، والملح أنفس التوابل . فلما أراد المبالغة في بيان حكم الربا ، ولم يمكنه ذكر جميع المطعومات ، نص من كل نوع على أعلاه ، ليبين بذلك أن العلة هي الطعم . فأما إذا جعلت العلة هي القدر ، تمحض ذكر هذه الأشياء تكراراً ، لأن صفة القدر لا تختلف في الأشياء الأربعة ، وحمل كلام صاحب الشرع على ما يفيد أولى . فإذا ثبت أن العلة هي الطعم والتمنية ، امتنع قياس غير المطعوم على المطعومات وغير الأثمان على الأثمان . لانعدام العلة فيها . (أنظر في كل ذلك المبسوط ١٢ ص ١١٥ - ص ١١٦) .

الموازنة بين مذهب الحنفية ومذهب الشافعية وترجيح مذهب الشافعية :

تتلخص حجج الحنفية - كما رأيناها - فيما يأتى :

١ : أن الأموال الستة المذكورة في الحديث الشريف لا تعرف ماليتها إلا بالكيل أو الوزن ، فصارت صفة الكيل أو الوزن ثابتة بمقتضى النص ، وما ثبت بمقتضى النص فهو كالمخصوص .

٢ : أن الحكم في الأموال الربوية هو وجوب المائلة لإمكان المخلص .

فالمحل الذي لا يقبل المائلة ، فلا يتصور فيه المخلص ، كالحفنة والتفاحة والزمان والسفرجل ، لا يكون مال الربا أصلاً . ويتبين من ذلك أن من المطغومات ما لا يكون مالا ربوياً ، كما أن من الأموال الربوية ما لا يكون مطعوماً . فالطعم علة واسعة تثبت الحكم على مخالفة الأصول ، وهي في الوقت ذاته علة قاصرة لا تنعدي إلى الفروع . ويقول الزيلعي (جزء ٤ ص ٨٧) في شرط التماثل في الأموال الربوية ما يأتي : « والقاطع للشغب أنه صلى الله عليه وسلم شرط التماثل بقوله مثلاً بمثل ، والتماثل يكون بالوزن أو الكيل لا غير ، فعلم بذلك أن ما لا يكال ولا يوزن لا يكون من الأموال الربوية ، وأن الأموال الربوية هي التي تكون من ذوات الأمثال ، وما لا يكون من ذوات الأمثال ليس من الأموال الربوية ، إذ الحكم لا يثبت بدون محله ، ولهذا قالوا لا يجري الربا فيما لا يدخل تحت المعيار كالحفنة من الحنطة والشعير وكالذرة من الذهب والفضة . »

٣- إن الطعم هو أعظم وجوه الانتفاع بالمال ، وكذلك الثمنية تنبئ عن شدة الحاجة إلى الأثمان . وتأثير الحاجة إنما يكون في الإباحة لا في الحرمة ، فإذا كانت الثمنية والطعم ينبئان عن شدة الحاجة ، فإنهما لذلك لا يصلحان أن يكونا علة للحرمة . وفي هذا المعنى يقول الزيلعي أيضاً (جزء ٤ ص ٨٦ - ص ٨٧) : « والطعم والاقتيات والثمنية والإدخار من أعظم وجوه المنافع ، والحاجة إليها من أشد الحاجات وأهمها ، فسنه الله في مثله التوسعة والاطلاق دون التضييق . ألا ترى أن الميتة أباحها عند الخمصة للحاجة ، وكذلك أجاز الانتفاع بالغنيمة قبل القسمة لمظنة الحاجة عادة بخلاف سائر الأموال المشتركة . . . وكل ما اشتدت الحاجة إليه كانت التوسعة فيه أكثر ، فتعليله بما يوجب التوسعة على التضييق من فساد الوضع لأن معنى فساد الوضع أن يفسد وضع ذلك الحكم على ذلك الدليل لكونه يقتضي خلاف ذلك الحكم فيضاده . »

٤ - عطفت الأشياء الستة بعضها على بعض في الحديث الشريف ، وذلك يقتضى أن تكون العلة في الكل واحدة ، وهى الجنس والقدر ، أما الكيل والوزن فاختلفا عبارة في القدر كالصاع والقفيز ونحوه . ولو كانت العلة في النقود الثمينة وفى سائر الأشياء الأربعة الطعم ، لم يستقم عطف بعضها على بعض ، إذ لا موافقة بين الثمنية والطعم .

وتتلخص حجج الشافعية - على ما سبق إيرادها - فى حجتين :

١ - إن الموجب لزيادة شرطين فى الأموال الربوية حتى يجوز بيعها - والشرطان هما التماثل واليد - معنى فى المحل ينبىء عن زيادة خطره . ولا يوجد معنى أكبر خطراً من الثمنية فى الذهب والفضة ، إذ بالثمنية حياة الأموال . كما لا يوجد معنى أكبر خطراً من الطعم فى الأشياء الأربعة الأخرى ، إذ بالطعم حياة النفوس . أما التعليل بالقدر ، كما تقول الحنفية ، فإنه لا ينبىء عن زيادة خطر فى المحل ، فالجص يكال مع أنه شئ هين .

٢ - إذا جعلت العلة هى الثمنية والطعم ، ظهر السر فى أن الشارع ذكر هذه الأشياء الستة . فهو قد ذكر جميع الأثمان ، وهى الذهب والفضة . ولما كان يشق ذكر جميع المطعومات ، فقد نص من كل نوع على أعلاه ، فذكر الحنطة وهى أنفـس مطعومات بنى آدم ، والشعير وهو أنفـس علف الحيوان ، والتمر وهو أنفـس الفواكه ، والملح وهو أنفـس التوابل . أما إذا جعلت العلة هى القدر ، كما تقول الحنفية ، تمحض ذكر الأشياء الأربعة تـكراراً ، لأن صفة القدر لا تختلف فى شئ . منها ، فكلها أشياء مكيلة ، وحمل كلام الشارع على ما يفيد أولى .

والتأمل فى حجج كل فريق من الفريقين يرى أن الاعتبار الذى وقف عنده الشافعى إعتبار اجتماعى اقتصادى ، فنفس ذلك إلى لب الموضوع وتغلغل فى الصميم منه . أما الاعتبار الذى وقفت عنده الحنفية فهو اعتبار منطقى أقرب إلى الشكل منه إلى الجوهر . ولذلك لا تردد فى ترجيح مذهب

الشافعي . فإنه يقف من الأشياء الستة المذكورة في الحديث الشريف عند المعنى البارز الذي ينبغي الوقوف عنده .

أما الذهب والفضة ، فالمعنى البارز فيهما هو الثمنية . وفي هذا يقول ابن القيم في إعلام الموقعين (جزء ٢ ص ١٠١) : « وأما الدراهم والدنانير ، فقالت طائفة العلة فيهما كونهما موزونين ، وهذا مذهب أحمد في إحدى الروايتين عنه ومذهب أبي حنيفة . وطائفة قالت العلة فيهما الثمنية ، وهذا قول الشافعي ومالك وأحمد في الرواية الأخرى ، وهذا هو الصحيح ، بل الصواب فالتعليل بالوزن ليس فيه مناسبة ، فهو طرد محض . بخلاف التعليل بالثمنية ، فإن الدراهم والدنانير أثمان المبيعات ، والثن هو المعيار الذي به يعرف تقويم الأموال ، فيجب أن يكون محدوداً مضبوطاً لا يرتفع ولا ينخفض . إذ لو كان الثمن يرتفع وينخفض كالسلع ، لم يكن لنا ثمن نعتبر به المبيعات ، بل الجميع سلع . وحاجة الناس إلى ثمن يعتبرون به المبيعات حاجة ضرورية عامة ، وذلك لا يمكن إلا بسعر تعرف به القيمة ، وذلك لا يكون إلا بثمن تقوم به الأشياء ويستمر على حالة واحدة ، ولا يقوم هو بغيره ، إذ يصير سلعة يرتفع وينخفض ، فتفسد معاملات الناس ، ويقع الخلف ويشتد الضرر ، كما رأيت من فساد معاملاتهم والضرر اللاحق بهم حين اتخذت الفلوس سلعة تعد للربح فعم الضرر وحمل الظلم . ولو جعلت ثمناً واحداً لا يزداد ولا ينقص ، بل تقوم به الأشياء ولا تقوم هي بغيرها ، لصلح أمر الناس . فلو أبيع ربا الفضل في الدراهم والدنانير ، مثل أن يعطى صحاحاً يأخذ مكسرة أو خفافاً يأخذ ثقلاً أكثر منها ، لصارت متجراً ، أو جر ذلك إلى ربا النسبة فيها ولا بد ، فالأثمان لا تقصد لأعيانها ، بل يقصد التوصل بها إلى السلع . فإذا صارت في أنفسها سلماً تقصد لأعيانها ، فسد أمر الناس . وهذا معنى معقول يختص بالنقود ، ولا يتعدى إلى سائر الموزونات .

وأما الأشياء الأربعة الأخرى - الحنطة والشعير والتمر والملح - فإن المعنى البارز فيها هو الطعم كما جاء في مذهب الشافعي ، أو هو الاقتيات والادخار كما جاء في مذهب مالك . ويقول الخطاب (جزء ٤ ص ٣٤٦) : « ومعنى الاقتيات أن يكون الطعام مقتاتاً أي تقوم به البنية ، ومعنى الادخار ألا يفسد بتأخيرهِ إلا أن يخرج التأخير عن العادة . والقول الثاني أن العلة الاقتيات والادخار وكونه متخذاً للعيش غالباً .. وعبر عنه صاحب التنبيهات بالمقتات المدخر الذي هو أصل للعاش غالباً وذهب كثير من شيوخنا إلى أنه لا يلزم التعليق بكونه أصلاً للعيش ، وإنما المراد ادخاره غالباً وكونه قوتاً .. ويرجع ابن القيم مذهب مالك في الأخذ بمعنى الاقتيات والادخار ، فيقول في أعلام الموقعين (جزء ٢ ، ص ١٠٠) : « الشارع نص على تحريم ربا الفضل في ستة أعيان ، وهي الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح ، فاتفق الناس على تحريم التفاضل فيها مع اتحاد الجنس ، وتنازعوا فيما عداها . فطائفة قصرت التحريم عليها ، وأقدم من يروى هذا عنه قتادة ، وهو مذهب أهل الظاهر ، واختيار ابن عقيل في آخر مصنفاته مع قوله بالقياس ، قال لأن علل القياسيين في مسألة الربا علل ضعيفة وإذا لم تظهر فيه علة امتنع القياس . وطائفة حرمته في كل مكيل وموزون بجنسه ، وهذا مذهب عمار وأحمد في ظاهر مذهبه وأبي حنيفة . وطائفة خصته بالطعام إذا كان مكيلاً أو موزوناً ، وهو قول سعيد بن المسيب ورواية عن أحمد وقول للشافعي . وطائفة خصته بالقوت وما يصلحه ، وهو قول مالك ، وهو أرجح هذه الأقوال ، .

على أن ما يحتج به الحنفية من ناحية المنطق في حاجة إلى أمعان من النظر :

(١) فالشارع عندما قال الحنطة بالحنطة ، نظر دون شك إلى معنى في الحنطة . وهذا المعنى لا يخرج عن أن يكون الطعم أو الكيل . ومعنى الطعم لخطره أولى من معنى الكيل لتفاهته . ثم أن معنى الطعم لا يجعل تعاقب الأشياء الأربعة محض تكرار ، إذ هي تتفاوت في هذا المعنى ، فالحنطة طعام الإنسان ، والشعير طعام الحيوان ، والتمر فاكهة ، والملح من التوابل . أما معنى

الكيل فيشكر دون تفاوت في الأشياء الأربعة ، فكان يكفي ذكر واحد منها . وكذلك عندما قال الشارع الذهب بالذهب ، نظر دون شك إلى معنى في الذهب ، وهذا المعنى لا يخرج عن أن يكون الثمنية أو الوزن . ومعنى الثمنية أولى بالاعتبار ، فهو أبرز في الذهب والفضة - وهذان هما النقدان ذكرهما الشارع معا - عنه في كل موزون آخر .

أما أن هذه الأموال الستة لا تعرف ماليتها إلا بالكيل أو الوزن، فإن هذا لا يمنع من أن الشارع لم يعتد فيها بهذا المعنى، وإنما اعتد فيها بمعنى الطعم كما بينا . فيكون مالا ربويا ما يجتمع مع هذه الأموال ، لا في معنى الكيل أو الوزن وهو معنى لا خطر له ، بل في معنى الطعم أو الثمنية وهو المعنى الأول بالاعتبار .

(٢) وليس من الضروري أن المحل الذى لا يقبل المائلة لا يكون مالا ربويا . فالجوز والبيض والبطيخ والرمان والسفرجل ، كل هذه مطعومات لا تقبل المائلة وليس في طبيعة الأشياء ما يمنع من أن تكون أموالا ربوية . وكل ما يترتب على اعتبارها كذلك أنه لا يجوز بيعها في جنسها ، فلا يجوز بيع جوزة في جوزة ولا بيضة في بيضة ولا بطيخة في بطيخة ، لأن التماثل في كل ذلك غير مكفول . والمخلص من الوقوع في الربا في هذه الحالة أن يباع أحد البدلين بالنقود ثم يشتري بالنقود البديل الآخر .

(٣) وإذا كان وجه الحاجة واضحا في الأموال الستة ، وكان تأثير الحاجة في الإباحة لا في الحرمة ، فكذلك قد تكون الحاجة إلى الأشياء داعية إلى وجوب منع احتكارها أو التلاعب في أسواقها ، ومن ثم يكون تأثير الحاجة في الحرمة لا في الإباحة ، سدا للذرائع .

(٤) وليس من الضروري أن تتوحد العلة في الأشياء الستة لمجرد عطفها بعضها على بعض فمن الجائز أن تنتظمها علتان أو أكثر ، بل من الجائز أن يكون لكل شيء منها علة ، ولا يمنع العطف من تعدد العلل . والظاهر في

حالتنا أن هناك علتين : علة الثنية وتنظم الذهب والفضة ، وعلة الطعم وتنظم الحنطة والشعير والتمر والملح .

ثانياً — تحديد ربا الفضل

المذهب الحنفى :

يتحقق ربا الفضل عند الحنفية باجتماع شطرى علة الربا : القدر (أى الكيل أو الوزن) واتحاد الجنس . فكل مكيل أو موزون من جنس واحد إذا بيع متفاضلا تحقق فيه ربا الفضل . ومن ثم إذا بيع مكيل فى مكيل من جنس واحد ، مطعوما كان أو غير مطعوم . كما إذا بيعت الحنطة بالحنطة أو الجص بالجص ، وجب أن يتماثل القدران المبيعان . فإن زاد أحد القدرين على القدر الآخر فسد البيع لدخول ربا الفضل فى الصفقة . والمراد المماثلة فى القدر لا فى الصفة ، وإلا فإن تماثل القدر واتحدت الصفة لم يبق هناك معنى للتبادل ما بين شيئين متساويين جنسا وقدرآ وصفة . كذلك إذا بيع موزون فى موزون من جنس واحد ، ثمنا كان أو غير ثمن . مطعوما كان أو غير مطعوم ، كبيع الذهب بالذهب أو الحديد بالحديد أو السكر بالسكر ، وجب كذلك أن يتماثل القدران ، فإن زاد أحدهما على الآخر فسد البيع .

مذهب الشافعى :

ويتحقق ربا الفضل عند الشافعية بقيام علة الربا وهى الطعم أو الثنية مع وجود شرطه وهو اتحاد الجنس . فإذا بيع طعام فى طعام من جنس واحد ، مكيلا كان أو غير مكيل ، موزونا كان أو غير موزون ، كبيع الحنطة بالحنطة والسمن بالسمن والبطيخ بالبطيخ ، وجب أن يتماثل القدران ، وإلا فسد البيع .

ولا يتحقق التماثل على أية صورة في البطيخ بالبطيخ كما سنرى . وإذا بيع الثمن في الثمن - وهذا هو الصرف - وكان الثمنان من جنس واحد ، كبيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة ، وجب أن يتماثل القدران ، وإلا فسد البيع .

المقابلة ما بين مذهب الحنفية ومذهب الشافعية في تطبيقات ربا الفضل^(١) :

رأينا أنه إذا اتحد الجنس ، فإن الحنفية يقفون في تحقق ربا الفضل عند الكيل أو الوزن ، أما الشافعية فيقفون عند الطعم أو الثنية . ومن ثم يختلف المذهبان في تطبيقات ربا الفضل ، ويظهر ذلك في التطبيقات الآتية :

أولا : بيع مكيل بجنسه غير مطعوم متفاضلا ، أو موزون بجنسه غير مطعوم ولا ثمن متفاضلا ، وذلك كبيع قفيز حص بقفيز حص أو بيع من حديد بمنوى حديد : عند الحنفية لا يجوز لأنه بيع ربا ، لوجود علة الربا وهي الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس . وعند الشافعية يجوز ، لأن علة الربا وهي الطعم أو الثنية غير موجودة . وعلى هذا الخلاف يبيع كل مقدر بجنسه من المكيلات والموزونات غير المطعومات والأثمان ، كالنورة والزرنيخ والصفرة والنحاس ونحوها .

وأما بيع المكيل المطعوم بجنسه متفاضلا أو بيع الموزون المطعوم أو الثمن بجنسه متفاضلا ، كبيع قفيز أرز بقفيز أرز وبيع من سكر بمنوى سكر وبيع درهم بدرهمين ، فلا يجوز بالإجماع : أما عند الحنفية فوجود الجنس والقدر ، وأما عند الشافعية فوجود الجنس والطعم . وكذا كل مكيل أو موزون هو ما كول أو مشروب ، كالعدس والأذرة والدهن والزيت والخل ونحوها .

ويجوز بالإجماع بيع المكيل بغير جنسه متفاضلا ، مطعوما كان أو غير

(١) أنظر في هذه التطبيقات البدائم جزء ٥ ص ١٨٣ وما بعدها

مطعوم ، بعد أن يكون يبدأ بيد ، كبيع قفيز حنطة بقفيزى شعير وبيع قفيز جص بقفيزى نورة ونحو ذلك ، لأن علة ربا الفضل بمجموع الوصفين وقد انعدم أحدهما وهو الجنس . وكذا بيع الموزون بغير جنسه متفاضلا جائز إجماعا ثمنين كانا أو مشمنين ، مطعومين كانا أو غير مطعومين ، بعد أن يكون يبدأ بيد ، كبيع دينار بمائة درهم وبيع من حديد بمنوى نحاس أو رصاص وبيع من سمن بمنوى سكر .

ويجوز إجماعا بيع المذروعات والمعدودات المتفاوتة واحداً باثنين ، يبدأ بيد ، كبيع ثوب بثوبين وعبد بعبدین وشاة بشاتين ونصل بتصلين ونحو ذلك ، بالإجماع : أما عند الحنفية فلا انعدام أحد الوصفين وهو الكيل والوزن ، وعند الشافعية لا انعدام الطعم والتمنية .

ثانياً : بيع مطعوم بجنسه ليس بمكيل ولا موزون متفاضلا ، كبيع حنفية حنطة بحفنتين أو بطيخة ببطيختين أو رمانة برمانتين أو بيضة ببيضتين أو جوزة بجوزتين : يجوز عند الحنفية لانتفاء الكيل والوزن وإن اتحد الجنس ، ولا يجوز عند الشافعية لوجود الطعم والجنس .

ولو بيع غير متفاضل ، حنفية بحنفية أو بطيخة ببطيخة أو رمانة برمانة أو بيضة نبيضة أو جوزة بجوزة : يجوز عند الحنفية لانتفاء الكيل والوزن وإن اتحد الجنس . وعند الشافعية لا يجوز لوجود الطعم ، وذلك أن حرمة بيع المطعوم بجنسه هو العزيمة عندهم ، والتساوى فى الكيل أو الوزن (لافى العدد) مخلص عن الحرمة بطريق الرخصة ، ولم يوجد المخلص فبقى على أصل الحرمة .

ثالثاً : تحديد ربا النسبة

المذهب الحنفي :

رأينا أن ربا الفضل عند الحنفية يجري باجتماع شطرى علقته ، أى باجتماع القدر (الكيل أو الوزن) والجنس ، أما ربا النسبة فيجري بوجود أحد شطرى العلة : القدر أو الجنس .

فيجري ربا النسبة إذن في حالتين : (الحالة الاولى) أن يكون كل من البدلين مكبلا ، أو أن يكون كل منهما موزونا ، سواء اتحد الجنس أو لم يتحد . (الحالة الثانية) أن يكون البدلان من جنس واحد ، سواء كانا مكبلين أو موزونين أو لم يكونا كذلك .

ففي الحالة الاولى إذا كان البدلان مكبلين من جنس واحد أو من جنس مختلف ، كالحنطة في الحنطة أو الحنطة في الشعير والخص في الخص أو الجص في التورة ، أو كان البدلان موزونين من جنس واحد أو من جنس مختلف ، كالذهب في الذهب أو الذهب في الفضة أو الحديد في الحديد أو الحديد في النحاس . فلا يجوز البيع نسبة ، ويجوز يدأيد . ولكن هذه القاعدة تؤدي إلى أن يبيع الحديد أو النحاس أو السكر أو القطن في الذهب أو الفضة بيع نسبة لا يجوز ، فيقفل باب السلم من جهة وقد رخص فيه النبي عليه السلام ، ويقفل من جهة أخرى باب بيع الموزونات بنقد مؤجل . من أجل ذلك قسمت الحنفية الموزونات قسمين : النقد أى الذهب والفضة ويوزنان بالمثاقيل ، والموزونات الأخرى من حديد ونحاس وسكر وقطن وسمن ودهن وخل وزيت ونحوها وتوزن بالقبان . وهذان القسمان لا يتحدان في صفة الوزن ، ومن ثم تجوز مبادلة أحد القسمين بالآخر نسبة ، فيجوز بيع الحديد

والسكر والقطن وغير ذلك مما يوزن بالقبان في الذهب أو الفضة بيع نسيئة أو بيع سلم .

وفي الحالة الثانية إذا كان البدلان من جنس واحد ولو لم يكونا مكيلين أو موزونين ، كالحيوان في الحيوان والرمان في الرمان والهروى في الهروى ، لم يجز البيع نسيئة ، ويجوز يداً بيد .

ويترتب على ما تقدم أنه إذا كان أحد البدلين مكيلاً وكان الآخر غير مكيل موزوناً كان أو غير موزون ، كالقمح في الفضة أو في الرمان ، أو كان أحد البدلين موزوناً وكان الآخر غير موزون مكيلاً كان أو غير مكيل ، كالذهب في القمح أو في السفرجل ، جاز البيع نسيئة . فتجوز النسيئة إذن في بيع المكيل بالموزون وفي بيع الموزون بالمكيل . ومن ثم يتدرج جريان الربا في مذهب الحنفية على النحو الآتي : في الموزون بالموزون من جنس واحد وفي المكيل بالمكيل من جنس واحد ، يجري كل من ربا الفضل وربا النسيئة . وفي الموزون بالموزون من جنسين مختلفين وفي المكيل بالمكيل من جنسين مختلفين ، يجري ربا النسيئة ولا يجري ربا الفضل . وفي الموزون بالمكيل وفي المكيل بالموزون ، لا يجري الربا أصلاً ، لا ربا الفضل ولا ربا النسيئة .

ومن باب أولى يجوز البيع نسيئة لو اختلف الجنس في غير المكيل والموزون ، كالرمان في السفرجل والبطيخ في القثاء والهروى في المروى .

والأصل في ربا النسيئة عند الحنفية قوله عليه السلام في آخر الحديث المعروف : « فإذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد » . وروى عن إبراهيم النخعي أنه قال : « أسلم مايكال فيما يوزن ، وأسلم ما يوزن فيما يكال ، ولا تسلم مايكال فيما يكال ولا ما يوزن فيما يوزن ، وإذا اختلف النوعان بما يكال أو يوزن ، فلا بأس به اثنان يداً بيد ، ولا خير فيه نسيئة » .

مذهب الشافعي : ويجزى ربا النسيئة عند الشافعية إذا كان البدلان مطعومين أو ثمنين ، اتحد جنسهما أو اختلف .

فلا تجوز النسيئة في التمر بالتمر ولا في التمر بالقمح .

ولا تجوز النسيئة أيضا في الذهب بالذهب ولا في الذهب بالفضة .

ولا تجوز النسيئة في بيع مطعوم بغير مطعوم ، كالقمح في الحديد ، وفي بيع غير مطعوم بغير مطعوم اتحد الجنس أو اختلف ، كالجص في الجص أو الجص في الرصاص .

وتجوز النسيئة في بيع المثلين بالمثل مطعوما كان أو غير مطعوم ، كالأرز في الفضة والحديد في الذهب .

المقابلة ما بين مذهب الحنفية ومذهب الشافعية في تطبيقات ربا النسيئة (١)

رأينا أن الحنفية يجزون ربا النسيئة إذا وجد أحد شرطى علة ربا الفضل ، القدر أو الجنس . ورأينا أن الشافعية يجزون ربا النسيئة في بيع المطعوم بالمطعوم أو بيع الثمن بالمثل . ومن ثم يختلف المذهبان في تطبيقات ربا النسيئة كما اختلفا في تطبيقات ربا الفضل ، ويظهر ذلك في التطبيقات الآتية :

١ - لا يجوز عند الحنفية أن يباع نسيئة مكيل في مكيل ، سواء كانا مطعومين من جنس واحد كالحنطة في الحنطة ، أو من جنسين مختلفين كالحنطة في الشعير ، أو كانا غير مطعومين من جنس واحد كالجص في الجص ، أو من جنسين مختلفين كالجص في النورة . وذلك لأن أحد شرطى علة ربا الفضل ،

(١) انظر في هذه التطبيقات البدائع جزء ٥ ص ١٨٦ .

وهو السكيل ، جمع البدلين . وعند الشافعية إن كانا مطعومين من جنس واحد أو من جنسين مختلفين ، كالحنطة في الحنطة والحنطة في الشعير ، فكذلك لا يجوز . وإن كانا غير مطعومين من جنس واحد أو من جنسين مختلفين ، كالجص في الجص والجص في النورة ، جاز البيع نسيئة ، لأن علة ربا النسيئة عندهم هو الطعم وقد انعدم في هذه الصورة .

٢ - ولا يجوز عند الحنفية أن يباع نسيئة موزون في موزون ، سواء كانا مطعومين من جنس واحد كالسكر في السكر ، أو من جنسين مختلفين كالسكر في الزعفران ، أو كانا غير مطعومين من جنس واحد كالحديد في الحديد ، أو من جنسين مختلفين كالحديد في النحاس . أو كانا ثمنين من جنس واحد كالذهب في الذهب ، أو من جنسين مختلفين كالذهب في الفضة . وعند الشافعية لا يجوز في المطعوم كالسكر في السكر والسكر في الزعفران ، ولا في الثمن كالذهب في الذهب والذهب في الفضة ، ويجوز في غير المطعوم كالحديد في الحديد والنحاس .

٣ - ويجوز عند الحنفية أن يباع نسيئة المسكيل في الموزون ، سواء كانا مطعومين كالحنطة في الزيت أو الزعفران ، أو غير مطعومين كالجص في الحديد ، وعند الشافعية لا يجوز في المطعوم كالحنطة في الزيت أو الزعفران ، ويجوز في غير المطعوم كالجص في الحديد .

٤ - ويجوز عند الحنفية أن يباع نسيئة الموزون في المسكيل ، سواء كانا مطعومين كالسكر في الملح ، أو غير مطعومين كالنحاس في الجص . وعند الشافعية لا يجوز في المطعوم كالسكر في الملح ، ويجوز في غير المطعوم كالنحاس في الجص .

٥ - وإذا بيع غير المسكيل والموزون في جنسه ، فلا تجوز النسيئة إجماعاً في المطعومين كالرمان في الرمان والبيض في البيض . ولا تجوز النسيئة عند

الحنفية وتجوز عند الشافعية في غير المطعومين كالهروى في الهروى والحيوان في الحيوان . فإذا اختلف الجنس جازت النسيئة إجماعاً في غير المطعومين كالهروى في المروى والحيوان في الثوب ، وجازت عند الحنفية ولم تجز عند الشافعية في المطعومين كالرمان في البيض والبطيخ في السفرجل .

تفسير بعض حالات غير ظاهرة في ربا النسيئة :

ويتبين مما قدمناه أنه قد توجد حالات في ربا النسيئة لا تظهر الحكمة في تحريمها بوضوح لأول وهلة . ونورد بعض الأمثلة على ذلك :

١ - فعند الحنفية والشافعية جميعاً لا يصح بيع دينار في خمسة وتسعين درهما نسيئة ويصح ذلك نقداً (١) . ويبدو أن السبب في ذلك أن من يصرف ديناراً بخمسة وتسعين درهماً في الحال ليس مظنة لأن تكون الحاجة قد استغلت عنده ، بل هو قد قصد صرف الدينار إلى دراهم ونزل عن جزء يسير من الدينار في سبيل أن يحصل على الدراهم ، ومن ثم جاز البيع نقداً . أما من يشتري خمسة وتسعين درهماً بمئة دينار مؤجل فهو أقرب إلى أن يكون قد اقترض خمسة وتسعين درهماً على أن يردّها ديناراً ، فيكون قد أربى فيما أعطى على ما أخذ ، ودفع مقابلاً لفضل الحلول على الأجل . فهو مظنة لأن تكون الحاجة قد استغلت عنده ، ومن ثم لم يجز البيع نسيئة .

٢ - وعند الحنفية والشافعية جميعاً لا يصح بيع أردب من القمح في أردبين من الشعير نسيئة ، ويصح ذلك نقداً (٢) . ويبدو أن السبب في ذلك هو عين السبب الذي استظهرناه في الحالة الأولى . فمن يعطيك أردباً من

(١) أما عند الحنفية فلا يبيع موزن في موزون ، وأما عند الشافعية فلا يبيع ثمن في ثمن .

(٢) أما عند الحنفية فلا يبيع مكبل في مكبل ، وأما عند الشافعية فلا يبيع مطعوم في مطعوم .

القمح ليأخذ منك أردبين من الشعير في الحال لم يستغلك ولم تستغله ، فأنت في حاجة إلى القمح وهو في حاجة إلى الشعير ، وقد رتبا أن أردبا من القمح يعادل في قيمته أردبين من الشعير ، فتمت الصفقة على هذا الوجه . أما إذا ابتعت أردبا من القمح في أردبين من الشعير نسيئة ، فأنت مظنة لأن تكون قد اقترضت القمح وأريت فيما ترده من الشعير ، فاستغل البائع حاجتك .

٣ - وعند الشافعية لا يجوز بيع بيضة في بيضة لا نسيئة ولا نقداً ، أما عند الحنفية فيجوز بيع البيضة في البيضة نقداً ولا يجوز نسيئة (١) . ويبدو أن تحريم النسيئة في هذه الحالة عند الحنفية والشافعية جميعاً مرده إلى اعتبار أن بيع البيضة في البيضة نسيئة يستلزم قرضاً شرط له أجل معلوم ، واشتراط الأجل في القرض لا يجوز .

§ ٢- اتجاهات المختلفة التي عرفت على تفسير منطقة الربا - في جميع

العصور تدفع منطقة الربا ثم تفسر تحت ضغط العوامل الاقتصادية :

الربا معروف منذ قديم العصور . كان معروفاً عند قدماء المصريين ، يدل على ذلك القانون الذي وضعه « بوخوريس » ، من ملوك الأسرة الرابعة والعشرين يحرم أن يجاوز مجموع الفوائد رأس المال . ويشاء القدر أن ترجع مصر إلى هذه القاعدة بعد نحو من ثلاثة آلاف من الأعوام ، فتنص المادة ٢٣٢ من التقنين المدني المصري على أنه « لا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال » . وكان الربا معروفاً في القوانين البابلية والآشورية وعند الأغريق والرومان .

(١) أما عند الشافعية فلأنه بيع مطعوم في مطعوم من جنس واحد ، وأما عند الحنفية فلأنه بيع شيء غير مكبل ولا موزون في جنسه .

ولكن الشرائع السماوية - اليهودية فالمسيحية فالإسلام - وسعت من منطقة الربا إلى حد كبير ، وحرمته تحريما قاطعا .

أما في اليهودية فالربا لم يكن محرما إلا في تعامل اليهود بعضهم مع بعض ، فلا يجوز ليهودي أن يقرض بالربا يهوديا مثله ، ولكن يجوز له أن يقرض بالربا غير اليهودي .

وتحرم المسيحية الربا ، فقد جاء في الانجيل : « إذا أقرضتم لمن تنتظرون منهم المكافأة ، فأى فضل يعرف لكم ! . . . ولكن . . . افعلوا الخيرات وأقرضوا ، غير منتظرين عائدتها ، وإذن يكون ثوابكم جزيلا ، (الآيتان ٣٤ و ٣٥ من الفصل السادس من أنجيل لوقا) . ويقول سانت توما (Saint Thomas) أن تقاضى الفوائد عن النقود أمر غير عادل ، فإن هذا معناه استيفاء دين لا وجود له .. ذلك أن الشيء الذي لا ينفع به إلا باستهلاكه تختلط فيه منفعة الشيء بالشيء ذاته ، فمن يقرض هذا الشيء لا يجوز له في الوقت الذي يطالب به أن يطالب بأجر على منفعته ، فإنه هو ومنفعته شيء واحد ، وليس من العدل أن يطالب المقرض بالشيء مرتين (المسألة ٧٨ المادة الأولى في الخاتمة) .

ولكن منطقة الربا في المسيحية ما لبثت ، تحت ضغط العوامل الاقتصادية ، أن أخذت تضيق شيئا فشيئا ، فتباح الفائدة في بعض الحالات الاستثنائية . وقد أورد الأستاذ شكري قرداحي في كتابه « القانون والأخلاق » ، (باللغة الفرنسية) في الجزء الثاني (ص ١٦٧ - ص ١٧١) هذه الحالات الاستثنائية على الوجه الآتي :

١ - يجوز للمقرض أن يتقاضى من المقرض تعويضا عن خسارة أصابته بسبب القرض (*damnum emergens*) . فقد أجاز لجمعيات القرض الحسن (*monts de piété*) أن تتقاضى فوائد يسيرة على المال الذي تقرضه ، تعويضا عما تتجشمه من المصروفات في دفع أجور العمال وفي إدارة العمل .

٢ - ويجوز للمقرض أن يتقاضى من المقرض تعويضا عما فاته من ربح بسبب القرض (*lucrum cessans*) . ويشترط أن يتفق المقرض مع المقرض على ذلك مقدما ، وألا يجاوز التعويض مقدار صافي الربح الذي كان المقرض يجنيه لو استبقى ماله بعد خصم ما كان يتكبده من المصروفات للحصول على هذا الربح ، وأن يتبين أن المقرض لم تكن عنده وسيلة أخرى للحصول على هذا الربح كأن كان يستطيع أن يستثمر مالا آخر عنده غير المال الذي أقرضه . ولم تكن هذه الشروط تتوافر إلا نادراً ، فإن النظام الإقتصادي في العصور الوسطى لم يكن نظاماً رأسمالياً ، ولم تكن الشركات الكبيرة التي تحتاج دائماً إلى رؤوس أموال للانتاج منتشرة في تلك العصور .

٣ - ويجوز للمقرض أن يتقاضى من المقرض ربها يسيراً لتأمين خطر الضياع الذي يتعرض له المال الذي أقرضه *periculum sortis* . وهذا الاستثناء لم يتم التسليم به إلا في آخر القرن الرابع عشر ، نظراً لخطورته ولخالفته للتعاليم الأولى للكنيسة .

٤ - ويجوز للمقرض أن يتفق مع المقرض على شرط جزائي (*poena conventionalis*) يلتزم بموجبه المقرض ، إذا لم يسدد القرض في الميعاد ، بأن يدفع مبلغاً إضافياً جزاء تأخره عن الوفاء . وقد تردد رجال الكنيسة في إباحة هذا الشرط ، ثم انتهوا إلى التمييز بين شرط جزائي مبالغ فيه . وهو لا يجوز إذ يخفى ربا فاحشاً مستتراً ، وشرط تهديدي لا يجاوز الربح اليسير الذي كانت الكنيسة تسمح به في بعض الحالات ، وهو صحيح إذا لم يكن الغرض منه غير حث المقرض على الوفاء بدينه في الميعاد .

٥ - ويجوز للمقرض أخيراً أن يتقاضى من المقرض فائدة حقيقية عن رأس المال إذا كانت القوانين المدنية أو العادات تميز ذلك ، فتكون الفائدة مرتكزة على سند شرعي (*titre légal*) . وقد روعي في هذا الاستثناء أن القوانين أو العادات التي أجازت الفائدة قد قدرت الظروف الاقتصادية

السائدة ، فرأت أن المقرض يحق له تقاضى هذه الفائدة في نظير الخسارة التي لحقته من القرض والربح الذي فاته . ويشترط في هذه الحالة أن تكون الفائدة معتدلة لا مبالغ فيها . وهناك رأى بقى عند التعاليم الأولى للكنيسة فلم يحز هذه الفائدة ، ولكن الرأى الذى أجازها هو الذى تغلب ، مع تحفظ يقضى بأن من يتقاضى فائدة غير معتدلة لا حق له فيها يجب عليه ديانته — لا قضاء — أن يردّها ، وإلا ارتكب خطيئة (péché) .

وهكذا ضاقت منطقة الربا في المسيحية شيئا فشيئا ، طبقاً لقوانين الكنيسة ، فأبيحت الفوائد في حالة بعد أخرى ، وذلك تحت ضغط العوامل الاقتصادية .

وتلت القوانين النظريات الفقهية التي تبرر تقاضى الفوائد . فقد قالوا أن النقود من حيث هي معدن لا تنتج شيئا ، ولكنها من حيث هي وسائل ائتمان تدخل ضمن عناصر الإنتاج ، فالعمل هو العنصر الأول للإنتاج ، ولكن رأس المال هو عنصر ثان لا يستغنى عنه العمل ، فإذا كان العمل يستحق جزاءه في صورة الأجر ، فإن رأس المال يستحق أيضاً جزاءه في صورة الفائدة . وقالوا كذلك أن صاحب المال شريك لصاحب العمل ، فما ينتج من ربح يحق لصاحب المال أن يأخذ بحضه في صورة فائدة لرأس ماله . وتتلاقى هذه النظريات في فكرة واحدة هي أن النقود التي كان أرسطو قد وصفها بأنها مال غير منتج قد أصبحت مالا منتجا ، بل أصبحت من العناصر الأولى في الإنتاج ، وكما يستحق كل مال منتج أجره كذلك تستحق النقود أجرها ، فليست الفوائد إذن بالربا المحرم ، بل هي أجر مشروع لمال منتج . وإلى جانب النظريات المبررة للفائدة قامت أيضا الحيل للتعامل بالربا ، ذكر منها الأستاذ شكرى قرداحى في كتابه الذى سبقت الإشارة إليه (جزء ٢ ص ١٨١ - ص ١٨٨) حيلتين : (الحيلة الأولى) هي أن ينشئ صاحب المال مع العامل شركة توصية ، يقدم فيها صاحب المال ماله ، والعامل عمله ،

فيشتركان في الربح والخسارة . ثم يعقب عقد الشركة عقد تأمين بين الشريكين نفسيهما ، بموجبه ينزل صاحب المال عن جزء من أرباحه المحتملة في مقابل أن يؤمنه العامل من الخسارة ، وبفضل عقد التأمين هذا يصبح صاحب المال ذا حق في ربح محتمل ، ولا يشارك في الخسارة التي أمّن نفسه منها . ثم يتلو عقد التأمين عقد ثالث هو عقد بيع ، بموجبه يبيع صاحب المال للعامل ربحه المحتمل في مقابل مبلغ محقق من المال يكون هو الفائدة . فإذا كان صاحب المال بموجب عقد الشركة يساهم في الربح والخسارة ويقدر ربحه المحتمل بمقدار ٢٠٪ ، فهو ينزل في عقد التأمين عن ١٠٪ ليأمن الخسارة ، فيكون ربحه المحتمل دون مشاركة في الخسارة هو ٢٠٪ ، ثم ينزل في عقد البيع عن ١٠٪ لينقلب ربحه المحتمل وهو ٢٠٪ إلى ١٠٪ ربحاً مضموناً ، وهذه هي الفائدة لرأس ماله . (الحيلة الثانية) هي ما يدعى « بعقد المخاطرة » ، *contract mohatrae* (١) وقد استعيرت من الحيل التي لجأ إليها الفقه الإسلامي ، وصورتها أن يبيع رجل من آخر سلعة قيمتها أربعمائة بخمسمائة مؤجلة إلى سنتين ، ثم يبيع المشتري - وقد أصبح مالكا للسلعة التي اشتراها - السلعة نفسها إلى البائع نقداً بقيمتها أي بأربعمائة . فينتهي أمرهما إلى أن المشتري قد حصل من البائع على أربعمائة يؤديها خمسمائة بعد سنتين ، وهذا هو الربا بعينه مستتراً تحت صفتين متتابعين من البيع . ويتصل بذلك بيع الوفاء ، فانه قد يخفى رهناً يضمن قرضاً برّياً فاحشاً ، فيشتري المرابي الدار بمبلغ أقل من قيمتها ، ثم يستولى على الربح وهذه هي الفائدة ، فإذا أعاد البائع له الثمن واسترد الدار كان المشتري (المقرض) قد استولى على الفائدة من الربح ، وإن لم يعد له الثمن فقد استولى على الفائدة من الربح وعلى الدار نفسها في مبلغ أقل من قيمتها كما سبق القول .

وهكذا عن طريق الاستثناءات والحيل ضاقت منطقة الربا في أوربا

(١) ولفظ "mohatrae" كلمة أسبانية يطلب أن تكون مأخوذة من أصل عربي هو كلمة مخاطرة

شيئا فشيئا ، ثم أنت الثورة الفرنسية فأباحت تقاضي الفوائد ، وانتقلت الإباحة إلى تقنين نابليون في سنة ١٨٠٤ ، وهو التقنين المدني الفرنسي المعمول به حتى العصر الحاضر ، ثم صدر في فرنسا قانون ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٨ يحدد السعر القانوني للفائدة ٥ ٪ في المسائل المدنية و ٦ ٪ في المسائل التجارية . وألغى قانون ١٢ يناير سنة ١٨٨٦ حد السعر القانوني للمسائل التجارية . وأوقف قانون ١٦ أبريل سنة ١٩١٨ حد السعر القانوني للمسائل المدنية . وإذا أصبح سعر الفائدة حرا خاليا من القيود التشريعية ، صدر قانون ٥ أغسطس سنة ١٩٣٥ يجعل من يقرض بسعر أعلى بقدر النصف من السعر المعتاد لظروف هذا القرض مرتكبا لجريمة الربا الفاحش ، ويخصم ما قبضه أعلى من السعر المعتاد من الفوائد المستحقة ثم من رأس المال نفسه ، وما زاد على ذلك يسترده المقرض . وجعل التقنين المدني الايطالي الجديد السعر القانوني للفائدة ٥ ٪ ، وأجاز الاتفاق دون قيد على سعر أعلى من ذلك . ولكن التقنين الجنائي الايطالي (م ٦٤٤) يعاقب على الربا الفاحش ، وهو ما جاوز الحدود المعقولة للفائدة بشرط أن يستغل المرابي حاجة المقرض إلى المال .

الربا في الاسلام والتجارة المتعارضان فيه :

وفي الاسلام اتسعت منطقة الربا في البداية إلى حد كبير كما شاهدنا ، ثم أخذت تضيق بعد ذلك تحت ضغط العوامل الاقتصادية .

وسبق ذلك الحيل الكثيرة التي كانت تستعمل للوصول إلى تقاضي الأرباح المحرمة . ويندد ابن القيم (أعلام الموقعين جزء ٢ سنة ١٠٦) بهذه الحيل فيقول : « وإذا كان أرباب الحيل يجوزون بيع عشرة بخمسة عشر في خرقة تساوي فلسا ، ويقولون الخمسة في مقابلة الخرقة . . والذي يقضى منه

العجب مبالغتهم في ربا الفضل أعظم مبالغة . . . وجاءوا إلى ربا النسبة ففتحوا للتحيل عليه كل باب . فتارة بالعينه ، وتارة بالمحلل ، وتارة بالشرط المتقدم المتواطأ عليه ثم يطلقون العقد من غير اشتراط ، وقد علم الله والكرام الكاتبون والمتعاقدان ومن حضر أنه عقد ربا مقصوده وروحه . بيع خمسة عشر مؤجلة بعشرة نقدا ليس إلا ، ودخول السلعة كخروجها . حرف جاء لمعنى في غيره ، . والعينة هي عقد المخاطرة ، الذي أشرنا إليه فيما تقدم ، ويصفه ابن رشد (بداية المجتهد ٢ ص ١٢٢) على الوجه الآتي : « أن يقول رجل لرجل أعطني عشرة دنانير على أن أدفع لك إلى مدة كذا ضعفها . فيقول له هذا لا يصلح ، ولكن أبيع منك سلعة كذا ، لسلعة يسميها ليست عنده ، بهذا العدد ، ثم يعتمد هو فيشتري تلك السلعة فيقبضها له بعد أن كمل البيع بينهما ، وتلك السلعة قيمتها قريب مما كان سألها أن يعطيه من الدراهم قرضا ، فيرد عليه ضعفها . وجاء في الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٢٠٢ ص ٢٠٣) : « وكذلك إذا أقرض رجل دراهم أو دنانير يشتري المستقرض من المقرض متاعا بضمن غال فهو مكروه . . هذا إذا تقدم القرض على البيع . فأما إذا تقدم البيع على القرض ، وصورة ذلك رجل طلب من رجل أن يعامله بمائة دينار ، فباع المطلوب منه المعاملة من الطالب ثوبا قيمته عشرون دينارا بأربعين دينارا ، ثم أقرضه ستين دينارا . حتى صار للمقرض على المستقرض مائة دينار ، وحصل للمستقرض ثمانون دينارا ، فذكر الخصاص أن هذا جائز . وهذا مذهب محمد بن سلية أمام بلخ ، فإنه روى أنه كان له سلع ، وكان إذا استقرض إنسان منه شيئا كان يبيعه أولا سلعة بضمن غال ، ثم يقرضه بعض الدنانير إلى تمام حاجته . وكثير من المشايخ كانوا يكرهون ذلك ، وكانوا يقولون هذا قرض جرتفعا . ومن المشايخ من قال أن كانا في مجلس واحد يكره ، وإن كانا في مجلسين مختلفين لا بأس به . وكان شمس الأئمة الحلواني يفتي بقول الخصاص ويقول محمد بن سلية ، كذا في المحيط . وما

زالت الأذهان تتفتق للوصول إلى تحليل الربا عن حيل من مثل ما ذكرناه .
حتى انتهى الأمر إلى صدور أوامر سلطانية بتنظيم الفائدة وتحديد سعرها (١).
وقد ظهر منذ البداية ، في السنين الأولى من الصدر الأول من الاسلام ،
تياران متعارضان في أمر الربا : المتشددون فيه يوسعون منه حتى يطغى على
كثير من ضروب التعامل ، والمضيقون منه يحصرونه في دائرة محدودة
لا يجاوزها . والربا كالخمر ، حرمة القرآن الكريم تدرجا لاطفرة ، وعلى
مراحل تضاهي مراحل تحريم الخمر . فأول آية نزلت فيه آية مكية : وما آتيتم
من ربا ليربو في أموال الناس فلا يربو عند الله ، وما آتيتم من زكاة تريدون
وجه الله فأولئك هم المضعفون . ثم نزلت بعد ذلك آية مدنية : يا أيها
الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة . واتقوا الله لعلكم تفلحون ،
واتقوا النار التي أعدت للكافرين . وآخر آية نزلت في الربا آية مدنية
حرمة تحريما شديدا : الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي
يتخبطه الشيطان من المس ، ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا ، وأحل الله
البيع وحرم الربا ، فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره
إلى الله ، ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون . يحق الله الربا

(١) أنظر ابن عابدين ٤ ص ١٩٥ و ص ٢٦٦ . وانظر مقال الأستاذ زكي الدين بدوي
المفثور في مجلة القانون والاقتصاد السنة التاسعة ص ٥٣٦ هامش رقم ١ ، ويقول في نهاية الهامش
: « خلاصة هذا الكلام أن من الفقهاء من أجازوا بيع شيء بأكثر من قيمته بشية الحصول على
القرض ، وأنه استعملت هذه الفتوى في الحيلة على جواز القرض بفائدة ، وأنه أسىء استعمالها
بالأكثر من نسبة هذه الفائدة المستثناة بما يبد غبنا للمقترضين وأرهاقا لهم . فصدر أمر سلطاني
بتنظيم الفائدة بجعلها نصفاً في العشرة ، أي ٥٪ ، ثم صدر أمر آخر بجعلها ٥ ر ١ في العشرة ،
أي حمل الفائدة بسعر ١٥٪ ، وأنه رأى ضرورة صدور أمر لتنظيم معاملة مشروعة هي
السلم ، أسىء استعمالها عما جعلها أكثر ضرراً من القرض بفائدة المتعاطل على مشروعيته . » وأنظر
ما جاء في المقال المذكور عن فتاوى الأستاذ الإمام محمد عبده في تحليل ربح صندوق التوفير
(ص ٥٥١ و ص ٥٥٥) وعقود التأمين (ص ٥٦٢) وفتاوى السيد رشيد رضا في بيع الدين بالنقد ،
والأوراق المالية وفي أعمال البورصة (ص ٥٥٥ — ص ٥٦٢) . وأنظر في الربا في الفقه الإسلامي
الأستاذ شكرى قرداحى في كتابه المشار إليه « القانون والأخلاق جزء ٢ ص ٢٠٠ — ص ٢١٠ »
وكيف تطور الربا في المسيحية وفي الإسلام (ص ٢١٠ — ص ٢٢١) :

ويربى الصدقات، والله لا يحب كل كفار أثيم. إن الذين آمنوا وعملوا الصالحات وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة لهم أجرهم عند ربهم ، ولا خوف عليهم ولا هم يحزنون . يأياها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين . فإن لم تفعلوا فآذنوا بحرب من الله ورسوله ، وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون ، . وكانت هذه الآية من آخر ما نزل من القرآن . ويقول عمر : « إن آية الربا من آخر ما نزل من القرآن ، وأن النبي صلى الله عليه وسلم قبض قبل أن يبينه لنا ، فدعوا الربا والريبة ، . ويقول : « ثلاث وردت لو أن رسول الله كان عهد إلينا فيهن عهدا ينتهى إليه : الجذو والكلالة وأبواب من الربا ، يعنى بذلك بعض المسائل التى فيها شائبة الربا .

فالربا والريبة ! أو الربا وشائبة الربا ! هذا هو مادعا المتشددين ، وهم فى هذه الحيرة من أمر الربا ، أن يوسعوا فى أبوابه ، حتى يتقوه ، لاهو بالذات فحسب ، بل هو وريبته ، أى الربا وشائبة الربا . وعمر نفسه هو الذى يقول : « أنا والله ما ندرى لعلنا نأمركم بأمر لا تصلح لكم ، ولعلنا ننهاكم عن أمور تصلح لكم ، وأنه كان من آخر القرآن نزولا آيات الربا ، فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يبينه لنا ، فدعوا ما يريبكم إلى ما لا يريبكم ، . ثم يقول : « لقد خفت أن نكون قد زدنا فى الربا عشرة أضعافه بمخافته ، ، أو يقول : « تركنا تسعة أعشار الحلال مخافة الربا ، .

ويعارض هذا التيار من التشدد فى الربا تيار آخر يتلطف فيه ويحصره فى دائرة ضيقة ، وعلى رأس من يمثلون هذا التيار الثانى عبد الله بن عباس . ومعه طائفة من الصحابة ، يقصرون الربا على الذى كان معروفا منه فى الجاهلية ونزل فيه القرآن . ولكن مالبث التيار الأول أن جرف التيار المعارض ، وقامت الكثرة الغالبة من الفقهاء يساندونه ويؤيدونه حتى كانت له الغلبة فى الفقه الإسلامى .

اتجاهات متميزة في التضييق من منطقة الربا :

على أن فريقا من الفقهاء ، وعلى رأسهم ابن رشد وابن القيم ، حاولوا أن يكسروا من حدة تطرف المتشددين في الربا . فميزوا بين ربا النسئة ، وجعلوه هو الربا الجلي أو الربا القطعي وهو حرام لذاته ، وبين ربا الفضل ، وجعلوه ربا خفيا أو ربا غير قطعي وهو حرام أيضا لكن لا لذاته بل لأنه ذريعة إلى ربا النسئة فتحريره هو إذن من باب سد الذرائع .

ثم تأكد هذا الاتجاه باتجاه أكثر منه تضييقا لمنطقة الربا ، فجعل كلا من ربا الفضل وربا النسئة الواردان في الحديث الشريف محرمين لا لذاتهما بل سدا للذرائع ، وربا الجاهلية هو وحده المحرم لذاته .

فنحن إذن نواجه - إذا أضفنا اتجاه ابن عباس - اتجاهات ثلاثة متدرجة في التضييق من منطقة الربا : أقلها تضييقا لهذه المنطقة هو اتجاه ابن رشد وابن القيم الذي يميز ما بين ربا الفضل وربا النسئة ، فالأول هو ربا خفي والثاني هو الربا الجلي . ثم يتلوه في التضييق الاتجاه الثاني ، وهو الذي يميز ما بين الربا الوارد في الحديث الشريف والربا الوارد في القرآن الكريم ، فالثاني دون الأول هو الربا الجلي . وأشد الاتجاهات تضييقا لمنطقة الربا هو الاتجاه الثالث الذي كان عبد الله بن عباس يترسمه ، وهو لا يعتد إلا بالربا الوارد في القرآن الكريم وهو ربا الجاهلية ، فهو وحده الذي يحرمه ، ولا يحرم غيره من ضروب الربا فضلا كان أو نسئة .

أولا - الاتجاه الذى يميز ربا الفضل وربا النسيئة

الأول هو ربا خفى والثانى هو الربا الجلى

ربا النسيئة ربا جلى وربا الفضل ربا خفى :

صاحب هذا الاتجاه هو ابن القيم ، فهو يميز فى وضوح وإسهاب بين ربا النسيئة وهو ربا جلى أو ربا قطعى ، وبين ربا الفضل وهو ربا خفى أو ربا غير قطعى .

ولعل ابن رشد لا يبعد كثيرا عن ذلك فهو يقول فى بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٠٦) : "واتفق العلماء على أن الربا يوجد فى شيئين : فى البيع وفيما تقرر فى الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك . فأما الربا فيما تقرر فى الذمة فهو صنفان : صنف متفق عليه وهو ربا الجاهلية الذى نهى عنه ، وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون ، فكانوا يقولون انظرنى أزدك . وهذا هو الذى عناه عليه الصلاة والسلام بقوله فى حجة الوداع : إلا وأن ربا الجاهلية موضوع ، وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبدالمطلب . والثانى ضع وتعجل ، وهو مختلف فيه ."

أما ابن القيم فعنده أن ربا النسيئة محرم لذاته تحريم مقاصد ، وهو الذى نزل فيه القرآن وكانت عليه العرب فى الجاهلية ، وهو الربا الذى لاشك فيه كما يقول أحمد بن حنبل . أما ربا الفضل فهو محرم أيضا ، ولكن تحريم وسائل من باب سد الذرائع لا تحريم مقاصد كما حرم ربا النسيئة . ووجه ذلك أن بيع خمسة دنانير بستة نسيئة غير جائز ، وهذا هو ربا النسيئة . وكذلك هو غير جائز بيعا حالا ، وهذا هو ربا الفضل . ذلك أننا لو أجزأناه حالا وحرمناه نسيئة ، لا نتخذ الناس الحال ذريعة إلى النسيئة . ولباع رجل من آخر خمسة دنانير فى ستة بزعم أن البيع حال ، ويتواضعان على

أجل يقبض البائع عند حلوله ستة الدنانير ، فيكون قد باع الخمسة في الستة نسيئة واتخذ ذريعة له في ذلك صورة البيع الحال ، ويكون ربا الفضل ذريعة إلى ربا النسيئة ، فحرم تحريم الوسائل لالتحريم المقاصد كما قدمنا (١).

وهذا هو ماورد في أعلام الموقعين لابن القيم (جزء ٢ ص ٩٩ - ص ١٠٠) يوضح ما قدمناه : « الربا نوعان : جلي وخفي . فالجلي حرم لمافيه من الضرر العظيم ، والخفي حرم لأنه ذريعة إلى الجلي . فتحريم الأول قصدا ، وتحريم الثاني وسيلة . فأما الجلي فربا النسيئة ، وهو الذي كان يفعلونه في الجاهلية مثل أن يؤخر دينه ويزيده في الحال . وكلما أخره زاده في المال ، حتى تصير المائة عنده آلافا مؤلفة . فإذا رأى أن المستحق يؤخر مطالبته ويصبر عليه بزيادة يبذلها له ، تكلف بذلها ليفتدي من أسر المطالبة والحبس ، ويدافع من وقت إلى وقت ، فيشتد ضرره ، وتعظم مصيبته ، ويعلوه الدين حتى يستغرق جميع موجوده ، فيربو المال على المحتاج من غير نفع يحصل له ، ويزيد مال المرابي من غير نفع يحصل منه لأخيه ، فيأكل مال أخيه بالباطل ويحصل أخوه على غاية الضرر . فمن رحمة أرحم الراحمين وحكمته وإحسانه إلى خلقه أن حرم الربا ، ولعن آكله ومؤكله وكاتبه وشاهديه وأذن من لم يدعه بحربه وحرب رسوله . ولم يجيء هذا الوعيد في كبيرة غيره ، ولهذا كان

(١) وللذريعة عند ابن القيم معنى آخر غير ما تقدم : إذا أجز بيع خمسة دنانير في ستة ، أو بيع خمسة دنانير من الخنطة في ستة يباح حالا ، لدفعت ثمة الكسب في التجارة الحاضرة إلى التماس كسب أزيد في التجارة المؤخرة فيتمتع المتبايعان على الحلول وقصدهما التأجيل في مقابل فضل أكبر : خمسة دنانير في سبعة أو خمسة دنانير في سبعة ، وبزعمان أن البيع حال ليعجز ربا النسيئة تحت ستار ربا الفضل ، فإن المتعاقدين قد يتعاقدان على الحلول والعادة جارية يصبر أحدهما على الآخر ، كما يفعل أرباب الحبل يطلقون العقد وقد تواطؤوا على أمر آخر كما يطلقون عقد النكاح وقد اتفقوا على التحليل ، ويطلقون بيع السلعة على أجل وقد اتفقوا على أنه يعيدها إليه بدون ذلك الثمن . فلو جوز لهم التفرق قبل القبض ، لأطلقوا البيع حالا وأخروا الطلب لأجل الربح ففعلوا في نفس المخدور . فمنعوا من ذلك ، حتى منعوا من التفرق قبل القبض ، آعاما لهذه الحكمة ورعاية لهذه المصلحة (أعلام الموقعين ٢ ص ١٠٣)

من أكبر الكبائر . وسئل الإمام أحمد عن الربا الذي لا شك فيه ، فقال هو أن يكون له دين فيقول له أتقضى أم تربى ، فإن لم يقضه زاده في المال وزاده هذا في الأجل . . . وفي الصحيحين من حديث ابن عباس عن أسامة ابن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إنما الربا النسيئة ، ومثل هذا يراد به حصر الكمال وأن الربا الكامل إنما هو في النسيئة ، كما قال تعالى: إنما المؤمنون الذين إذا ذكر الله وجلت قلوبهم وإذا تليت عليهم آياته زادتهم إيماناً وعلى ربهم يتوكلون، إلى قوله: أولئك هم المؤمنون حقا، وكقول بن مسعود إنما العالم الذي يخشى الله . وأما ربا الفضل فتحريمه من باب سد الذرائع ، كما صرح به في حديث أبي سعيد الخدري رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم : لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين فإنى أخاف عليكم الرما . والرما هو الربا ، فمنعهم من ربا الفضل لما يخافه عليهم من ربا النسيئة . وذلك أنهم إذا باعوا درهما بدرهمين ، ولا يفعل هذا إلا للتفاوت الذى بين النوعين أما فى الجودة وأما فى السكة وأما فى الثقل والخفة وغير ذلك ، تدرجوا بالربح المعجل فيها إلى الربح المؤخر ، وهو عين ربا النسيئة . وهذه ذريعة قريبة جداً فمن حكمة الشارع أن سد عليهم هذه الذريعة . ومنعهم من بيع درهم بدرهمين نقداً ونسيئة ، فهذه حكمة معقولة مطابقة للعقول ، وهى تسد عليهم باب المفسدة . . ويقول ابن القيم بعد ذلك (جزء ٢ ص ١٠٢ - ص ١٠٣) . . . فكان من رحمة الشارع بهم وحكمته أن منعهم من ربا النساء فيها كما منعهم من ربا النساء فى الأثمان إذ لو جوز لهم النساء فيها لدخلها أما أن تقضى وأما أن تربى ، فيصير الصاع الواحد لو أخذ قفزاناً كثيرة ، ففطموا عن النساء . ثم فطموا عن بيعها متفاضلاً يدا بيد ، إذ تجرهم حلاوة الربح وظفر الكسب إلى التجارة فيها نساء وهو عين المفسدة . وهذا بخلاف الجنسين المتباينين ، فإن حقائقهما وصفاتهما ومقاصدهما مختلفة ، ففى إلزامهم المساواة فى بيعها إضرار بهم ، ولا يفعلونه فى تجويز النساء نيتها ذريعة إلى إما أن

تقضى وإما أن تربي . فكان من تمام رعاية مصالحهم أن قصرهم على بيعها يدا بيد كيف شاء ، فحصلت لهم مصلحة المبادلة ، واندفعت عنهم مفسدة أما أن تقضى وأما أن تربي . . . وإذا تأملت ما حرم فيه النساء رأيته أما صنفا واحدا أو صنفين مقصودهما واحد أو متقارب كالديارم والدنانير والبر والشعير والنمر والزبيب ، فإذا تباعدت المقاصد لم يحرم النساء كالبر والثياب والحديد والزيت . يوضح ذلك أنه لو مكن من بيع مد حنطة بمدين ، كان ذلك تجارة حاضرة ، فتطلب النفوس التجارة المؤخرة للذة الكسب وحلاوته فمنعوا من ذلك . حتى منعوا من التفرق قبل القبض ألح ألح ، .

ما يترتب على التمييز بين ربا النسيئة وربا الفضل :

ويترتب على التمييز بين ربا النسيئة وربا الفضل نتيجة هامة . ذلك أنه لما كان ربا النسيئة محرما لذاته تحريم المقاصد ، وكان ربا الفضل محرما باعتباره وسيلة تحريم الوسائل لا تحريم المقاصد ، فإن درجة التحريم في ربا النسيئة أشد منها في ربا الفضل . ومن ثم لا يجوز ربا النسيئة إلا لضرورة ملجئة ، كالضرورة التي تبيح أكل الميتة والدم . أما ربا الفضل فيجوز للحاجة ، ولا يخفى أن الحاجة أدنى من الضرورة ، فكلما اقتضت الحاجة التعامل بربا الفضل جاز ذلك . ومن ثم تضيق منطقة هذا الربا إذا قامت الحاجة إلى إباحته في بعض صورته بحيث يتبين في هذه الصور أنه لا يمكن اتخاذه ذريعة لربا النسيئة ، فينتفي سبب التحريم .

ثم أن ربا الفضل ، على النقيض مما تقدم ، تتسع منطوقته إذا كان في اتساعها سد للذرائع ، إذ هو ذاته إنما حرم لأنه ذريعة لربا النسيئة .

فربا الفضل إذن تسيطر عليه فكرتان : الشبهة والحاجة . فهو دائرة مرساة ، تتسع عند الشبهة ، وتضيق عند الحاجة .

ربا الفضل تنسع دائرته عند الشبهة :

أما أن ربا الفضل تنسع دائرته عند الشبهة ، فمن الأمثلة على ذلك بيع الجيد بالردىء فى الأصناف الربوية ، وبيع صنف من الربويات بصنف مثله ومعه عرض أو دراهم .

فبيع الجيد بالردىء فى الأصناف الربوية يتصور ، بأن يباع منها صنف واحد وسط فى الجودة بصنفين أحدهما أجود من ذلك الصنف والآخر أردأ . مثل أن يبيع مدين من تمر وسط بمدين تمر أحدهما أعلى من الوسط والآخر أدون منه . فإن مالكا يرد هذا لأنه يتهمه أن يكون إنما قصد أن يدفع مدين من الوسط فى مد من الطيب ، فجعل من الردىء ذريعة إلى تحليل ما لا يجب من ذلك ، (بداية المجتهد ٢ ص ١١٦) .

وبيع صنف من الربويات بصنف مثله ومعه عرض أو دراهم يتحقق إذا كان الصنف الذى يجعل معه العرض أقل من الصنف المفرد ، أو يكون مع كل واحد منهما عرض والصنفان مختلفان فى القدر . ، فالأول مثل أن يبيع كيلين من التمر بكيل من التمر ودرهم ، والثانى مثل أن يبيع كيلين من التمر وثوبا بثلاثة أكيال من التمر ودرهم . فقال مالك والشافعى والليث أن ذلك لا يجوز ، وقال أبو حنيفة والكوفيون أن ذلك جائز . فسبب الخلاف هل ما يقابل العرض من الجنس الربوى ينبغى أن يكون مساويا له فى القيمة أو يكفى فى ذلك رضا البائع . فمن قال الاعتبار بمساواته فى القيمة قال لا يجوز لمكان الجهل بذلك ، لأنه إذا لم يكن العرض مساويا لفضل أحد الربوين على الثانى كان التفاضل ضرورة . مثال ذلك إنه إذا باع كيلين من تمر بكيل وثوب ، فقد يجب أن تكون قيمة الثوب تساوى الكيل وإلا وقع التفاضل ضرورة . وأما أبو حنيفة فيكتفى فى ذلك بأن يرضى به المتبايعان . ومالك يعتبر أيضا فى هذا سد الذريعة ، لأنه إنما جعل جاعل ذلك ذريعة إلى بيع

الصنف الواحد متفاضلا . فهذه مشهورات مسائلهم في هذا الجنس ،
(بداية المجتهد ٢ ص ١١٦) .

ويعرض ابن رشد بعد ذلك لبيع الذرائع الربوية (بداية المجتهد ٢
ص ١١٦ - ص ١١٩) ، وهي بيع من قبيل البيوع المتقدمة الذكر ليست
صريحة في الربا ، وإنما تنطوي على شبهة الربا أو على شبهة الشبهة .

من ذلك البيوع التي يعرفونها ببيع الآجال ، والذي يعنينا منها
صورة بيع العينة (أو المخاطرة) ، وتحقق بأن يبيع الرجل سلعة بشمن إلى
أجل ، ثم يشتريها نقدا بأقل من الثمن ، فعند مالك وجمهور أهل المدينة أن ذلك
لا يجوز ، وقال الشافعي وداوود وأبو ثور يجوز . فمن منعه ، فوجه منعه اعتبار
البيع الثاني بالبيع الأول ، فاتهمه أن يكون إنما قصد دفع دنائير في أكثر
منها إلى أجل وهو الربا المنهى عنه ، فزورا لذلك هذه الصورة ليصلها
إلى الحرام ، مثل أن يقول قائل لآخر اسلفني عشرة دنائير إلى شهر وأرد
إليك عشرين دينارا ، فيقول هذا لا يجوز ، ولكن أبيع منك هذا (الشيء)
بعشرين إلى شهر ثم أشتريه منك بعشرة نقدا . . ومن الحجة لمن رأى هذا
الرأي حديث عن عائشة أنها سمعتها وقد قالت لها امرأة كانت أم ولد لزيد
ابن أرقم يا أم المؤمنين أني بعت من زيد إلى العطاء بثمانمائة ، فاحتاج إلى ثمنه
فاشتريته منه قبل محل الأجل بثمانمائة . فقالت عائشة بثمنا شريت وبثمنا
اشتريت ، أبلغني زيدا أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
أن لم يتب . قالت أرأيت أن تركت وأخذت الثمانمائة ، قالت نعم فمن جاءه
موعظة من ربه فاتمى فله ما سلف . قال الشافعي وأصحابه لا يثبت حديث
عائشة ، وأيضا فإن زيدا قد خالفها ، وإذا اختلفت الصحابة فذهبنا القياس .
وروى مثل قول الشافعي عن ابن عمر . وأما إذا حدث بالمبيع نقص عند
المشتري الأول ، فإن الثوري وجماعة من الكوفيين أجازوا لبائعه بالنظر
أن يشتريه نقدا بأقل من ذلك الثمن ، وعند مالك في ذلك روايتان والصور

التي يعتبرها مالك في الذرائع في هذه البيوع هي أن يتذرع منها إلى : أنظرني
ازدك ، أو إلى بيع مالا يجوز متفاضلا ، أو إلى بيع مالا يجوز نساء ، أو إلى
بيع وسلف ، أو إلى ذهب وعرض بذهب ، أو إلى ضع وتعجل ، أو إلى
بيع الطعام قبل أن يستوفي ، أو إلى بيع وصرف ، فإن هذه هي أصول
الربا ، (بداية المجتهد ، ص ١١٨) .

ومن ذلك أيضا استعجال الوفاء بالدين بوضيعة يرضاها الدائن وهو
الذي يقال له « ضع وتعجل » ففيه شبهة الربا . ذلك أن الدائن الذي يضع
من الدين حتى يتعجل استيفاءه قد جعل للزمان مقدارا من الدين
كما فعل الدائن الذي زاد في الدين عندما زاد في الأجل . ويقول ابن رشد :
« أما ضع وتعجل ، فقد أجازاه ابن عباس من الصحابة وزفر من فقهاء
الأمصار ، واختلف قول الشافعي في ذلك ، وأجازاه مالك . . . وعمدة
من لم يحز ضع وتعجل أنه شبيه بالزيادة مع النظرة المجتمع على تحريمها ،
ووجه شبهه أنه جعل للزمان مقدارا من الثمن بدلا منه في الموضعين
جميعا ، وذلك أنه هنالك لما زاد له في الزمان زاد له عرضه ثمنا ، وهنا لما
حط عنه الزمان حط عنه في مقابلته ثمنا . وعمدة من أجازاه ماروي
عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أمر بإخراج بني النضير ،
جاءه ناس منهم فقالوا يا نبي الله أنك أمرت بإخراجنا ولنا على الناس ديون
لم تحل . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ضعوا وتعجلوا . (بداية
المجتهد ٢ ص ١١٩) .

ويتبين مما تقدم أن ربا الفضل تتسع دائرته بالشبهة ، فيحرم ما اتسع
منها سدا للذرائع . وهو أيضا تضيق دائرته للحاجة ، فيجوز منه ما كان
ليس بجائز متى انتفت الشبهة وقامت الحاجة . وهذا ما تنتقل الآن إليه .

ربا الفضل تفصيل وأثره عند الحاجة :

والحاجة هنا ، كما قدمنا ، ليست الضرورة الملحة التي تذهب في الالحاح إلى حد إباحة الميتة والدم ، ولكن يكفي أن تكون هناك مصلحة راجحة مشروعة تفوت بتحريم النفاضل ما بين البدلين ، فالحاجة هي تحقيق هذه المصلحة الراجحة المشروعة وعدم تفويتها على المتبايعين .

ونذكر لهذا المبدأ الهام تطبيقات أربعة : ١ - بيع العرايا . ٢ - بيع المصوغ ، ٣ - بيع مادخلته الصنعة بوجه عام ٤٠ - بيع الدراهم المسكوكة .

بيع العرايا :

يقول ابن القيم في أعلام الموقعين (جزء ٢ ص ١٠٤) : « وأما ربا الفضل فأبيع منه ما تدعو إليه الحاجة كالعرايا ، فإن ما حرم سدا للذريعة أخف مما حرم تحريم المقاصد . » ثم يقول (ص ١٠٥) : « أن تحريم ربا الفضل إنما كان سدا للذريعة كما تقدم بيانه ، وما حرم سدا للذريعة أبيع للصحة الراجحة ، كما أبيع العرايا من ربا الفضل ، وكما أبيع ذوات الأسباب من الصلاة بعد الفجر والعصر ، وكما أبيع النظر للخاطب والشاهد والطبيب والمعامل من جملة النظر المحرم ، وكذلك تحريم الذهب والحرير على الرجال حرم لسد ذريعة التشبه بالنساء الملعون فاعله ، وأبيع منه ما تدعو إليه الحاجة . »

ويقول صاحب الشرح الكبير على متن المقنع (أنظر المغني ٤ ص ١٥١) : « ولا يجوز بيع المزبنة ، وهو بيع الرطب في رؤس النخل بالتمر إلا في العرايا ، وهي بيع الرطب في رؤس النخل خرساً ، بمثله من التمر كيلا ، فيما دون خمسة أوسق ، لمن به حاجة إلى أكل الرطب ، ولا ثمن معه . ولا يجوز بيع المزبنة لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزبنة ، وهو بيع الرطب

بالتمر ، متفق عليه . . فأما العرايا فيجوز في الجملة . وهو قول أكثر أهل العلم ، منهم مالك في أهل المدينة ، والأوزاعي في أهل الشام ، والشافعي وأصحاب ابن المنذر . وقال أبو حنيفة لا يحل بيعها لما ذكرنا من الحديث ، ولأنه بيع الرطب بالتمر من غير كيل في أحدهما . فلم يجز كما لو كان على وجه الأرض . ولنا ما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق ، متفق عليه . . قال ابن المنذر الذي نهى عن المزابنة هو الذي أرخص في العرايا ، وطاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى ، والقياس لا يصر إليه مع النص ، مع أن في الحديث أنه أرخص في العرايا ، والرخصة إستباحة المحذور مع وجود السبب الحاضر فلو منع وجود السبب من الاستباحة لم يبق لنا رخصة بحال . .

ونرى مما تقدم أنه يجوز بيع العرايا بشروط خمسة . (أولا) أن يكون فيما دون خمسة أوسق ، مع خلاف في الرأي في الخمسة ذاتها ، وأما ما زاد فلا يجوز بلا خلاف . (ثانيا) أن يكون مشتريها محتاجا إلى أكلها رطبا ، فمضى كان المشتري غير محتاج إلى أكل الرطب لم يجز شراؤها بالتمر . ولا تعتبر حاجة البائع ، فلو باع رجل عريّة من رجلين فيها أكثر من خمسة أوسق جاز ، وقال أبو بكر والقاضي لا يجوز . ولنا أن المذهب في التجويز حاجة المشتري ، بدليل ما روى محمود بن لبيد قال قلت لزيد بن ثابت ماعرايا كم هذه ؟ فسمى رجالا محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطبا يأكلونه ، وعندهم فضول من التمر ، فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم يأكلونه رطبا ، وإذا كان سبب الرخصة حاجة المشتري لم تعتبر حاجة البائع إلى البيع ، فلا يتقيد في حقه بخمسة أوسق . ولأننا لو اعتبرنا الحاجة من المشتري وحاجة البائع إلى البيع أفضى إلى ألا يحصل الأرفاق إذ لا يكاد يتفق وجود الحاجتين فتسقط الرخصة . (ثالثا) ألا يكون للمشتري نقد

يشترى به للخبر المذكور . (رابعا) أن يشتريها بخرصها من التمر . ويجب أن يكون التمر الذي يشتري به معلوما بالكيل ، ولا يجوز جزافا .. ولمسلم أن تؤخذ بمثل خرصها تمرا يأكلها أهلها رطبا . إذا ثبت ذلك فعنى خرصها بمثلها من التمر أن ينظر الخارص إلى العريه ، فينظر كم يجيء منها تمرا ، فيشتريها بمثل الرطب الذي عليها لأنه بيع اشترطت المائلة فيه فاعتبرت حال البيع كسائر البيوع ، ولأن الأصل اعتبار المائلة في الحال وألا يباع الرطب بالتمر . خولف في الأصل في بيع الرطب بالتمر ، فبقي فيما عداه على قضية الدليل . قال القاضي والأول أصح ، لأنه يبنى على خرص الثمار في العشر والصحيح خرصه تمرا ، ولأن المائلة في بيع التمر بالتمر معتبرة حالة الادخار وبيع الرطب بمثله تمرا يفضى إلى فوات ذلك . (خامسا) التقابض في المجلس ، وهو قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا ، لأنه بيع تمر بتمر ، فاعتبر فيه شروطه إلا ما استثناه الشرع بما لم يمكن اعتباره في بيع العرايا . والقبض في كل واحد منهما على حسبه ، ففي التمر اكتياله ، وفي التمر التخلية . وليس من شروطه حضور التمر عند النخل ، بل لو تباعا بعد معرفة التمر والثمرة ، ثم مضيا جميعا إلى النخل فسله إلى مشتريه ، ثم مضيا إلى التمر فسله البائع ، أو تسل التمر أولا ثم مضيا إلى النخل فسله . جاز ، لأن التفرق لم يحصل قبل القبض . إذا ثبت هذا فإن بيع العريه يقع على وجهين ، أحدهما أن يقول بعثك ثمرة هذه النخلة بكذا ويصفه ، والثاني أن يكيل من الثمر بقدر خرصها ثم يقول بعثك هذا أو بعثك ثمرة النخلة بهذا التمر ونحو هذا . فإن باعه بمعين فقبضه بنقله وأخذه ، وأن باعه بموصوف فقبضه بكيله .

ويتبين من ذلك أنه جاز التفاضل بين التمر والتمر في بيع العرايا للحاجة ، فإن المشتري يعطى من التمر مثل ما يؤول إليه مافي النخل من الرطب عند الجفاف . وغنى عن البيان أن التعادل التام بين ما أخذ المشتري من الرطب وما أخذ البائع من التمر غير ممكن ، فإن التقدير إنما يكون بالخرص أي

بالتخمين ، فاحتمال التفاضل كبير ، ومع ذلك جاز للحاجة ، وبنصر الحديث الشريف .

بيع المصوغ :

وهنا أيضاً تدعو الحاجة إلى إباحة التفاضل ، فيجوز بيع الصياغة المباحة ، كخاتم الفضة وحلية النساء ، بفضة أو ذهب من مثلها متفاضلا . والفضل في نظير الصياغة ، وإلا فالعادل لا يبيع المصوغ بوزنه من جنسه ، فإن ذلك سفه وأضاع للصناعة .

ويقول ابن القيم في أعلامه الموقعين (جزء ٢٠ ص ١٠٤ - ص ١٠٧) في هذه المسألة : « وعلى هذا فالمصوغ والحلية ، إن كانت صياغته كالآنية ، حرم بيعه بجنسه وبغير جنسه ، وبيع هذا هو الذي أنكره عبادة على معاوية (١) فإنه يتضمن مقابلة الصياغة المحرمة بالأثمان ، وهذا لا يجوز ، كآلات الملاحى . وأما إن كانت الصياغة مباحة ، كخاتم الفضة وحلية النساء وما أبيع من حلية السلاح وغيرها ، فالعادل لا يبيع هذه بوزنها من جنسها فإنه سفه وأضاع للصناعة . والشارع أحكم من أن يلزم الأمة بذلك ، فالشريعة لا تأتي به ولا تأتي بالمنع من بيع ذلك وشرائه لحاجة الناس إليه . فلم يبق

(١) جاء في الروض النضير (جزء ٣ ص ٢٢٩) : « من حديث أبي الأشعث قال غزوا غزاة وعل الناس معاوية ، فقتلنا غنائم كثيرة ، وكان فيما غنمناه آنية من فضة ، فأمر معاوية رجلا أن يبيعها في أعطيات الناس ، فأمر الناس في ذلك . فبلغ عبادة بن الصامت ، فقام فقال أتى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة الجديدة . فبلغ ذلك معاوية ، فقام خطيبا فقال ألا ما بال رجال يتعدثون عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أحاديث قد كنا نشهده وتصعبه ولم نسمعها منه . فقام عبادة ، فأعاد القصة ، ثم قال : لنعدثن بما سمعنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم وأن كره معاوية ، ما أملى إلا أصحبه في جنده ليلة سوداء . وقبل أن عمر كتب إلى معاوية ألا يبيع ذلك إلا مثلا بمثل ، وزما بوزن ، وقال لعباده أرجع إلى أرضك فقيعت أرض لست فيها ولا أمثالك .

إلا أن يقال لا يجوز بيعها بجنسها البتة ، بل بيعها بجنس آخر ، وفي هذا من الحرج والعسر والمشقة ما تنفيه الشريعة ، فإن أكثر الناس ليس عندهم ذهب يشترون به ما يحتاجون إليه من ذلك ، والبائع لا يسمع ببيعه ببر وشعير وثياب ، وتكليف الاستصناع لكل من احتاج إليه أما متعذر أو متعسر ، والحيل باطلة في الشرع . وقد جوز الشارع بيع الرطب بالتمر لشهوة الرطب ، وأين هذا من الحاجة إلى بيع المصوغ الذي تدعو الحاجة إلى بيعه وشرائه ، فلم يبق إلا جواز بيعه كما تباع السلع ، فلو لم يجز بيعه بالدراهم فسدت مصالح الناس . يوضحه أن الحلية المباحة صارت بالصنعة المباحة من جنس الثياب والسلع لا من جنس الأثمان ، ولهذا لم تجب فيها الزكاة ، فلا يجري الربا بينها وبين الأثمان كما لا يجري بين الأثمان وبين سائر السلع . . . يوضحه أنه لا يعرف عن أحد من الصحابة أنه نهى أن يباع الحلى إلا بغير جنسه أو بوزنه ، والمنقول عنهم إنما هو في الصرف (٢) . . . يوضحه أن تحريم ربا الفضل إنما كان سدا للذريعة كما تقدم بيانه ، وما حرم سدا للذريعة أبيع للمصلحة الراجحة ، كما أبيحت العرايا من ربا الفضل . . . وغاية ما في ذلك جعل الزيادة في مقابلة الصياغة المباحة المتقومة بالأثمان في الغصوب وغيرها . وإذا كان أرباب الحيل يجوزون بيع عشرة بخمسة عشر في خرقة تساوى فلسا ويقولون الخمسة في مقابلة الخرقة ، فكيف ينكرون بيع الحلية بوزنها وزيادة تساوى الصناعة ، وكيف تأتى الشريعة الكاملة الفاضلة التي بهرت العقول حكمة وعدلا ورحمة وجلالة بإباحة هذا وتحريم ذلك ! وهل هذا إلا عكس للعقول والمصلح والنظر والمصلحة ! فإن قيل الصفات لا تقابل بالزيادة ، ولو قويات بها

(٢) ومع ذلك فقد جاء في الروض النضير (جز ٣ ص ٢٢٩) : أخرج البيهقي في سننه عن مجاهد ، قال كنت أطوف مع ابن عمر ، فجاءه صائم فقال يا أبا عبد الرحمن أى أصوغ الذهب ، ثم أبيع الشيء . من ذلك بأكثر من وزنه ، فاستفضل في ذلك قدر عمل يدي فيه ، فقام عبد الله بن عمر عن ذلك . فجعل الصائم يرد المائة ، وعبد الله ينهيه ، حتى انتهى إلى باب المسجد أو إلى دابته يريد أن يركبها . ثم قال عبد الله بن عمر : العيتار بالعيتار ، والدرهم بالدرهم ، لا فضل بينهما ، هذا عهد نينا صل الله عليه وآله وسلم إلينا ، وعهدنا إليكم .

لجواز بيع الفضة الجيدة بأكثر منها من الرديئة وبيع التمر الجيد بأزيد منه من الرديء . ، ولما أبطل الشارع ذلك علم أنه منع من مقابلة الصفات بالزيادة . . .
 قيل : الفرق بين الصنعة التي هي أثر فعل الآدمي ، وتقابل بالأثمان ، ويستحق عليها الأجرة . وبين الصفة التي هي مخلوقة لله لا أثر للعبد فيها ولا هي من صنعته . فالشارع بحكمته وعدله منع من مقابلة هذه الصفة بزيادة ، إذ أن ذلك يفضي إلى نقضه ما شرعه من المنع من التفاضل ، فإن التفاوت في هذه الأجناس ظاهر ، والعافل لا يبيع جنسا بجنسه إلا لما هو بينها من التفاوت ، فإن كانا متساويين من كل وجه لم يفعل ذلك ، فلو جوز لهم مقابلة الصفات بالزيادة لم يحرم عليهم ربا الفضل ، وهذا بخلاف الصياغة التي جوز لهم المعاوضة عليها معه . . . يوضحه أن الشارع لا يقول لصاحب هذه الصياغة بـع هذا المصوغ بوزنه واخسر صياغتك ، ولا يقول له لا تعمل هذه الصياغة واتركها ، ولا يقول له تحيل على بيع المصوغ بأكثر من وزنه بأنواع الخيل ، ولم يقل قط لا تبعه إلا بغير جنسه . ولم يحرم على أحد أن يبيع شيئا من الأشياء بجنسه . .

بيع ما دخلته الصنعة بوجه عام :

ويقاس على جواز بيع المصوغ بجنسه متفاضلا للحاجة بيع كل شيء دخلته الصنعة بجنسه متفاضلا متى قامت الحاجة إلى ذلك .

فيجوز بيع الخبز بالخبز متماثلا ومتفاضلا في بعض المذاهب . قال ابن رشد (بداية المجتهد ٢ ص ١١٤ - ص ١١٥) : « واختلفوا من هذا الباب فيما تدخله الصنعة مما أصله منع الربا فيه ، مثل الخبز بالخبز . فقال أبو حنيفة لا بأس ببيع ذلك متفاضلا ومتماثلا ، لأنه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذي فيه الربا . وقال الشافعي لا يجوز متماثلا فضلا عن متفاضل ، لأنه قد غيرته الصنعة تغييرا جهلت به مقاديره التي تعتبر فيها المماثلة . وأما مالك ، فالأشهر في الخبز عنده أنه يجوز متماثلا ، وقد قيل فيه أنه يجوز فيه التفاضل

والتساوي . وأما العجين بالعجين فجائز عنده مع المماثلة . وسبب الخلاف هل الصنعة تنقله من جنس الربويات أو ليس تنتقله ، وأن لم تنقله فهل تمكن المماثلة فيه أولا تمكن . فقال أبو حنيفة تنقله ، وقال مالك والشافعي لا تنقله . واختلفوا في إمكان المماثلة فيهما ، فكان مالك يجيز اعتبار المماثلة في الخبز واللحم بالتقدير والحزر فضلا عن الوزن . وأما إذا كان أحد الربويين لم تدخله صنعة والآخر قد دخلته الصنعة ، فإن مالكا يرى في كثير منها أن الصنعة تنقله من الجنس ، أعني من أن يكونا جنسا واحدا فيجيز فيها التفاضل ، وفي بعضها ليس يرى ذلك . وتفصيل مذهبه في ذلك عسير الانفصال . فاللحم المشوي والمطبوخ عنده من جنس واحد ، والحنطة المقلوة عنده وغير المقلوة جنسان . وقد رام أصحابه التفصيل في ذلك . والظاهر من مذهبه أنه ليس في ذلك قانون من قوله حتى ينحصر فيه أقواله فيها . وقد رام حصرها الباجي في المنتقى . وكذلك أيضا يعسر حصر المنافع التي توجب عنده الاتفاق في شيء . من الأجناس التي يقع بها التعامل وتميزها من التي لا توجب ذلك ، أعني في الحيوان والعروض والنبات . وسبب العسر أن الإنسان إذا سئل عن أشياء متشابهة في أوقات مختلفة لم يكن عنده قانون يعمل عليه في تمييزها إلا ما يعطيه بادي النظر في الحال . جاوب فيها بجوابات مختلفة . فإذا جاء من بعده أحد فرام أن يجري تلك الأجوبة على قانون واحد ، عسر ذلك عليه ، وأنت تدين ذلك من كتبهم ، (١)

(١) وبحق لابن رشد أن يقول ذلك ، فقد تمود في كتابه بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، وهو من أجل المصنعات في الفقه الإسلامي ، العناية بأصل المسائل عناية فائقة ، مع الإيجاز والإجمال . وعنده أن الفقيه ليس هو الذي يكثر من حفظ المسائل ، بل هو الذي يردّها إلى أصولها ، ثم يخرج عليها مسائل جديدة . ونراه يقول في هذا المعنى عن كتابه المثار إليه ما يأتي . «بإزاء هذا الكتاب إعمالا وضعا ليلم به المجتهد في هذه الصناعة رتبة الاجتهاد إذا حصل ما يجب له أن يحصل قبله من القدر الكافي له في علم النحو واللغة وصناعات أصول الفقه ، ويكفي من ذلك ما هو مساو لجرم هذا الكتاب أو أقل . وهذه الرتبة يسمى قبها ، لا بحفظ مسائل الفقه ولو بلغت في العدد أقصى ما يمكن أن يحفظه إنسان . كما نجد متفهمة زماننا يظنون أن الأفتة هو الذي حفظ مسائل أكثر ، وهؤلاء عرض لهم شبيه ما عرض لن علي أن الخفاف هو الذي عنده خفاف كثيرة =

ويقول ابن القيم (أعلام الموقعين ٢ ص ١٠٨) : « وأما الأصناف الأربعة ، ففرعها أن خرج عن كونه قوتاً لم يكن من الربويات ، وإن كانت قوتاً كان جنساً قائماً بنفسه ، وحرم بيعه بنفسه الذي هو مثله متفاضلاً كالدقيق بالدقيق والخبز بالخبز ، ولم يحرم بيعه بجنس آخر وإن كان جنسهما واحداً ، فلا يحرم السمسم بالشيرج ولا الهريسة بالخبز ، فإن هذه الصناعة لها قيمة فلا تضيع على صاحبها ، ولم يحرم بيعها بأصولها في كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا قياس ، ولا حرام إلا ما حرمه الله كما أنه لا عبادة إلا ما شرعها الله ، وتحريم الحلال كتحليل الحرام . »

بيع الدراهم أو الدنانير المسكوكة :

وهنا يذهب ابن القيم إلى أن السكة لا تقوم فيها الصناعة للمصلحة العامة المقصودة منها ، فلا يجوز بيع الدراهم المسكوكة بفضة مع التفاضل ، ولا نقابل السكة بزيادة . وهو يقول في هذا المعنى (أعلام الموقعين ٢ ص ١٠٧) : « أن السكة لا تقوم فيها الصناعة للمصلحة العامة المقصودة منها ، فإن السلطان يضربها لمصلحة الناس العامة وإن كان الضارب يضربها بأجرة ، فإن القصد بها أن تكون معياراً للناس لا يتجرون فيها كما تقدم . والسكة فيها غير مقابلة بالزيادة في العرف ، ولو قوبلت بالزيادة فسدت المعاملة ، وانتقضت المصلحة التي ضربت لأجلها ، واتخذها الناس سلعة ، واحتاجت إلى التقويم بغيرها . ولهذا قام الدرهم مقام الدرهم من كل وجه ، وإذا أخذ الرجل الدراهم رد نظيرها . »

أما ابن رشد (بداية المجتهد ٢ ص ١٦٣ - ص ١٦٤) فيقول : « وأجمع الجمهور على أن مسكوكة وتبره ومصوغه سواء في منع بيع بعضه ببعض

== لا الذي يقدر على عملها ، وهو بين أن الذي عنده خفاف كثيرة سيأنيه إنسان يقدم لا يجد في خفافه ما يصاح لقدمه ، فليأني إلى مانع الخفاف ضرورة ، وهو الذي يصنع لكل قدم خفافاً يوافقته . فهذا هو مثال أكثر المنقطة في هذا الوقت (بداية المجتهد ٢ ص ١٦٢ - ص ١٦٣) .

متفاضلا لعموم الأحاديث المتقدمة في ذلك ، إلا معاوية فإنه كان يميز التفاضل بين النبر والمصوغ لمكان زيادة الصياغة ، وإلا ما روى عن مالك أنه سئل عن الرجل يأتي دار الضرب بورقه ، فيعطيه أجره الضرب ويأخذ منهم دنانير ودرهم وزن ورقه أو دراهمه ، فقال إذا كان ذلك لضرورة خروج الرفقة ونحو ذلك فأرجو ألا يكون به بأس . وبه قال ابن القاسم من أصحابه . وأنكر ذلك ابن وهب من أصحابه وعيسى بن دينار وجمهور العلماء .

فهذا مالك ، كما يقول ابن رشد ، ومعه صاحبه ابن القاسم بقولان بجواز أن يشتري التاجر الدرهم والدينار المسكوكين بالورق مع التفاضل ، والفضل أجره السكة ، ولا يكلف الانتظار إلى أن يسك له ورقه ، فتفوته الرفقة ، أو يفوته السوق . وهذه حاجة قد قامت تبرر التفاضل في بيع الدراهم المسكوكة ، حتى لا تفوت مصلحة راجحة .

ويفسر القرطبي ذلك في تفسيره ، الجامع لأحكام القرآن ٣ ص ٢٥١ ، فيقول : « لا اعتبار بما قد روى عن كثير من أصحاب مالك ، وبعضهم يرويه عن مالك ، في التاجر يحفزه الخروج وبه حاجة إلى دراهم مضروبة أو دنانير مضروبة ، فيأتي دار الضرب بفضته أو ذهبه ، فيقول للضراب : خذ فضتي هذه أو ذهبي ، وخذ قدر عملي ، وادفع إليّ دنانير مضروبة في ذهبي أو دراهم مضروبة في فضتي ، لأنني محفوز للخروج وأخاف أن يفوتني من أخرج معه ، أن ذلك جائز للضرورة ، وأنه قد عمل به بعض الناس . وحكاه ابن العربي في كتبه عن مالك في غير التاجر ، وأن مالكا خفف في ذلك ، فيكون في الصورة قد باع فضته التي زنتها مائة وخمسة دراهم أجره بمائة ، وهذا محض الربا . والذي أوجب جواز ذلك أنه لو قال له : اضرب لي هذه وقاطعه على ذلك بأجرة فلما ضربها قبضها منه وأعطاه أجرتها ، جاز ، فالذي فعل مالك أولا هو الذي يكون آخرأ ، ومالك إنما نظر إلى المال فركب عليه حكم الحال . وأباه سائر الفقهاء . قال ابن العربي : والحجة فيه لمالك بيته . قال أبو عمر رحمه الله : وهذا هو عين الربا الذي حرمه رسول الله صلى الله

عليه وسلم بقوله من زاد أو ازداد فقد أربى . وقد رد ابن وهب هذه المسألة على مالك وأنكرها . وزعم الأبهري أن ذلك من باب الرفق لطلب التجارة ولئلا يفوت السوق .

وما نحن نتيين مما قدمناه من التطبيقات أن منطقة ربا الفضل كما اتسعت للشبهة ، فإنها قد ضاقت في بيع العرايا وفي بيع المصوغ وفي بيع ما تدخله الصنعة وفي بيع الدراهم والدنانير المسكوكة ، ضاقت في كل هذه البيوع ، وغلبت الحاجة ، فأحلت من ربا الفضل صوراً دعت إلى إباحتها مقتضيات التعامل .

ثانياً : الاتجاه الذى يميز ما بين الربا الوارد فى القرآن الكريم

والربا الوارد فى الحديث الشريف

الأول هو الربا الجلى والثانى ربا خفى

أنواع الربا الثلاثة :

يتبين مما قدمناه أن هناك أنواعاً ثلاثة من الربا :

الأول : ربا الجاهلية ، وهو الربا الذى نزل فيه القرآن الكريم ، وخصيسته الأولى هى أن يقول صاحب الدين للمدين عند حلول أجل الدين : أما أن تقضى وأما أن تربى .

الثانى : ربا النسئنة الوارد فى الحديث الشريف ، وهو أوسع كثيراً فى مداه من ربا الجاهلية ، بل ويختلف عنه اختلافاً يندأ فى كثير من الصور . فقد رأينا أنه بيع المكيل بالمكيل أو الموزون بالموزون أو الجنس بجنسه نسئنة لا فوراً ، ولو من غير تفاضل ، وهذا عند الحنفية . أما عند الشافعية فهو بيع الطعام بالطعام أو الثمن بالثمن نسئنة لا فوراً ، ولو من غير تفاضل .

الثالث : ربا الفضل الوارد في الحديث الشريف ، وهو بيع المكيل أو الموزون بجنسه متفاضلا عند الحنفية ، أو هو بيع الطعام أو الثمن بجنسه متفاضلا عند الشافعية ، وقد تقدم بيان ذلك .

التمييز الذي قال به ابن القيم وأنواع الربا الثلاثة :

وابن القيم ، فيما رأينا ، قد ميز بين الربا الجلي والربا الخفي . فالربا الجلي هو كما يقول في أعلام الموقعين (جزء ٢ ص ٩٩) : « ربا النسيئة وهو الذي كانوا يفعلونه في الجاهلية ، مثل أن يؤخر دينه ويزيده في المال ، وكلما أخره زاده في المال ، حتى تصير المائة عنده آلافا مؤلفة » . فواضح إذن أن الربا الجلي عند ابن القيم هو ربا النسيئة الذي تعودوا عليه في الجاهلية ، وهو الربا الذي يقول فيه الدائن للدين إما أن تقضى وإما أن تربي . أما الربا الخفي ، فهو ما حرم لأنه ذريعة إلى الجلي ، ولما كان ربا الفضل هو الربا الذي « تحريمه من باب سد الذرائع » (ص ١٠٠) ، فالربا الخفي إذن هو ربا الفضل وحده .

فإذا كان الربا الجلي عند ابن القيم هو ربا الجاهلية وهو النوع الأول ، والربا الخفي هو ربا الفضل وهو النوع الثالث ، فأين يضع النوع الثاني من الربا ، وهو ربا النسيئة الوارد في الحديث الشريف ؟ أهو ربا جلي فيلحق بربا الجاهلية ؟ أم هو ربا خفي فيلحق بربا الفضل ؟ الظاهر أن ابن القيم قد ألحقه — دون أن يصرح بذلك — بربا الجاهلية وجعله ربا جليا مثله . فهو عندما يتكلم عن ربا النسيئة باعتبار أنه هو الربا الجلي ، يقصد كلا من ربا الجاهلية وربا النسيئة الوارد في الحديث الشريف .

تميز ربا النسيئة بربا الفضل :

ولا يسعنا إلا أن نقف عندهما ينطوي عليه التمييز الذي يقول به ابن القيم من التحكم . فهو قد ألحق ربا النسيئة بربا الجاهلية ، وجعل للنوعين

حكماً واحداً ، مع أن مصدر التحريم مختلف : في ربا الجاهلية مصدر التحريم القرآن الكريم ، وفي ربا النسئة مصدر التحريم الحديث الشريف . ثم هو في الوقت ذاته قد فصل ما بين ربا النسئة وربا الفضل ، فجعل الأول جلياً والثاني خفياً ، مع أن مصدر التحريم فيهما واحد وهو الحديث الشريف .

ولا شك في أن هذا تحكم لا مبرر له . فاما أن يجعل للأنواع الثلاثة من الربا حكماً واحداً ، ويعتبر أن درجة التحريم المستمدة من الحديث الشريف معادلة لدرجة التحريم المستمدة من القرآن الكريم ، كما فعل فقهاء المذاهب فيما قدمنا . وأما أن يميز بين درجة التحريم المستمدة من القرآن الكريم فيجعل ربا الجاهلية وحده هو الربا الجلي ، وبين درجة التحريم المستمدة من الحديث الشريف فيجعل كلا من ربا النسئة وربا الفضل ربا خفياً ، ولا يقصر الربا الخفي على ربا الفضل وحده .

هذا الرأي الثاني ، الذي يقضى بفصل ربا الجاهلية الوارد في القرآن الكريم عن كل من ربا النسئة وربا الفضل الواردين في الحديث الشريف ، هو الرأي الذي يقول به طائفة من الفقهاء المحدثين . وعلى رأسهم الأستاذ السيد رشيد رضا .

التمييز ما بين الربا الوارد في القرآن الكريم والربا الوارد في

الحديث الشريف :

ذهب السيد رشيد رضا في رسالته في الربا إلى أن الربا المحرم هو ربا الجاهلية وحده . فهو الربا الوارد في القرآن الكريم ، وهو الربا الذي يؤدي إلى خراب المدين إذ المدين بين أن يقضى أو أن يربي ، ويعجز عن القضاء عادة ، فليس أمامه إلا أن يربي . ولا يزال الدين يتضاعف حتى يؤوده ، ثم يؤدي إلى إفلاسه . فهذا النوع من الربا هو الربا الخبيث ، ويكون معقولا

ماورد في القرآن الكريم في شأنه من وعيد شديد . وهو الربا الجلي الذي حرم تحريم مقاصد لا تحريم وسائل ، فلا يجوز التعامل به إلا للضرورة الملحة ، وهي الضرورة التي تصل في إلحاح إلى حد أباحه الميتة والدم .

يبقى إذن ربا الذبيحة وربا الفضل الواردان في الحديث الشريف، فما هو حكمهما؟ يذهب السيد رشيد رضا إلى أن النهي عنهما في الحديث إنما جاء سدا للذريعة إلى الربا المحرم القطعي ، وهو ربا الجاهلية ، وهذه الذريعة مظنونة لا قطعية . فهو يرى أن بيع الأصناف الستة بمثلها مع التفاضل ، نقداً أو نسيئة ، فضلاً عن تسمير الأموال بالشركات التجارية التي لا تلتزم شروط الفقهاء فيها ، كل هذا لا يدخل في الربا المحرم . « وإنما يظهر - كما يقول - من سبب النهي عن هذه البيوع إنه سد للذريعة الربا المحرم القطعي ، وهذه الذريعة مظنونة لا قطعية . . ومن المنهيات في الأحاديث ما هو محرم، وما هو مكروه ، وما هو خلاف الأولى ، وما هو لمحض الإرشاد لا للنشرع الديني . وإنما يكون التمييز بين هذه الأنواع بالأدلة الخاصة ، أو القواعد العامة ، أو التعارض بين النصوص وترجيح الأقوى ، كالنهي عن أكل لحوم سباع الوحش والطيور مع حصر نصوص القرآن لمحرمات الطعام في الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به . وقد حققنا أن النهي فيه للكرامة ، وفاقاً لمذهب مالك ، جمعاً بينه وبين نصوص القرآن القطعية الرواية والدلالة بصيغتي الحصر . ويدنا فيه أن التعبير في بعض الروايات بالتحريم قد يكون رواية بالمعنى لفهم الراوي أن المراد من النهي التحريم . وكذلك يقال في النهي عن بيع القدين وأصول الأغذية المذكورة في حديث عبادة، ألا يدايد مثلاً بمثل إذا اتحد الجنس ، والاكتفاء بالتقابض إذا اختلف ، وما يدل على أن هذا النهي غير مقصود بالذات ماصح في إباحة بيع العرايا ، وفي بيع الكثير من التمر الردي . نقل من التمر الجيد بأنه يجعل العقد على بيع كل منهما بالثمن (١) .

(١) رسالة السيد رشيد رضا في الربا ص ٨٠ - ص ٨٤ قلا عن مقال الأستاذ زكي الدين يهودي ص ٤٣٢ - ص ٤٣٣ من مجلة القانون والاقتصاد السنة التاسعة .

وواضح من هذه العبارات الأخيرة أن السيد رشيد رضا ، بعد أن اعتبر ربا الجاهلية هو الربا الجلى ، وهو الربا المحرم لذاته تحريم مقاصد . فلا يجوز إلا للضرورة الملحة التى تبيح الميتة والدم ، ينزل بعد ذلك بالنوعين الآخرين من الربا - ربا النسئة وربا الفضل الواردين فى الحديث الشريف - إلى منزلة دنيا من الحظر ، إذ أن الظاهر من عبارته إنه يعتبر أن النهى عنهما الوارد فى الحديث الشريف إنما هو للكره لا للتحريم ، كالنهى عن أكل سباع الوحش والطير . وهذا يقرب كثيرا من مذهب ابن عباس الذى سفينه فيما يلى .

وغنى عن البيان أن القول بأن ربا النسئة وربا الفضل إنما نهى عنهما فى الحديث الشريف نهى كراهة لانهى تحريم لا يتفق مع ما أجمعت عليه المذاهب الفقهية منذ القديم . وقد اعترض الأستاذ زكى الدين بدوى بحق على هذا رأى فى مقاله المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد (١) ، فقال : « خلاصة رأى السيد رشيد رضا المتقدم حصر الربا المحرم فى ربا الجاهلية الذى لا يدخل فى مفهومه لا القرض بفائدة تشتط عند العقد ، ولا بيع الأصناف الستة الواردة فى الستة ، ولا المعاملات الأخرى التى ألحقها فقهاء المذاهب الأربعة بالأصناف الستة فى التحريم . وأنا نلاحظ على هذا رأى إنه ، مع صحته فيما يتعلق بالقرض بفائدة وغيره من المعاملات التى عدى إليها الفقهاء حكم التحريم فى بيع الأصناف الستة بجامع علل اختلافوا فيها اختلافا كبيرا ، مما يؤيد رأيه فى أن تحديد الوسائل ودرجة إفضائها إلى المقاصد من أشق الأمور التى تختلف فيها الأفهام ، فلا تطمئن النفس إلى أن يكون شئ كهذا مناطا للقول بالتحريم الدينى - أقول مع التسليم بصحة رأيه فى هذه الجزئية ، فإنه يتعذر التسليم به فى جزئية أخرى ، وهى قوله

بعدم دخول بيع الأصناف الستة في الربا المحرم ، لأن بيع هذه الأصناف وأن كان وسائل وذرائع إلى الربا ، إلا أنها وسائل وذرائع منصوصة ، ودلالة الأحاديث عليها لا تختلف فيها الأفهام . أما قوله أن النهي عن بيع هذه الأصناف كان تورعا لفائدة أن بيعها خلاف الأولى ، أو كان للكراهية فقط لا للتحريم ، فدعوى تتعارض مع ظواهر نصوص الأحاديث والمأثور عن الصحابة . فظاهر الأحاديث يفيد التحريم ، إذ أطلق على هذه البيوع لفظ الربا ، ومعلوم أنه وما خص به من شديد الوعيد . فإذا سلمنا أن إطلاق لفظ الربا هنا من قبيل المجاز ، لأن هذه البيوع ذرائع إلى الربا وليست في ذاتها ربا ، فلا أقل من أن تكون للشارع حكمة في إلحاقها بالربا ، وهي أن يكون لها حكمه وهو الحرمة ، وإن كانت حرمتها أخف من حرمة الربا الحقيقي ، بحيث يتجاوز عنها فيما تدعو إليه الحاجة كما هو رأى ابن القيم (٢) ، ويبدو أنه يجب الذهاب إلى مدى أبعد عما ذهب إليه الاستاذ زكي الدين ، والقول بأن ربا النسئة وربا الفضل لا يقتصران على الأصناف الستة المذكورة في الحديث الشريف ، بل يجاوزانها إلى ماعداهما إليه المذاهب الفقهية من الأصناف الأخرى . وهذا هو الذي انعقد عليه الإجماع . وإن كل ذلك ربا محرم ، لا مكروه فحسب . ولكنه محرم تحريم وسائل ، لا تحريم مقاصد . فربا الفضل وسيلة إلى ربا النسئة ، ما في ذلك من شك ، وقد بيناه فيما تقدم . وربا النسئة وسيلة إلى ربا الجاهلية ، إذ يكفي في ربا النسئة عند حلول أجل الدين أن يزيد الدائن في الأجل مشروطا أن يزداد في الفائدة ، ليصل من هذا الطريق إلى ربا الجاهلية . فكل من ربا الفضل وربا النسئة إذن وسائل

(١) مجلة القانون والاقتصاد السنة التاسعة من ٤٣٣ — من ٤٣٤ ، وانظر أيضا ما ذهب إليه رئيس الاتحاد الإسلامي بندوقج (جاوة) من أن أحاديث الربا هي من وضع اليهود أدخلوها على المسلمين بقصد الأضرار بهم عن طريق تحريم التجارة عليهم في الأصناف التي تحرى فيها معظم المعاملات لتكون التجارة في أيدي اليهود ، وتنبذ الأستاذ الجزيري والأساذركي لهذا الرأي الغربي مقال الأستاذ زكي الدين (مجلة القانون والاقتصاد ٩ من ٤٣٦ — من ٤٤٦) .

إلى ربا الجاهلية ، وقد حرمهما رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى لا يتذرع بهما إلى هذا الربا الممقوت : فتحريمهما إذن هو من تحريم الوسائل لا من تحريم المقاصد .

ثالثا - الاتجاه الذى لا يحرم إلا ربا الجاهلية الوارد فى القرآن الكريم

لاربا إلا فى النسبة :

يستدل أصحاب هذا الاتجاه - وعلى رأسهم ابن عباس - بحديث رواه ابن عباس نفسه عن أسامة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لاربا إلا فى النسبة » . فهم لا يحرمون ربا الفضل ، ولا يحرمون إلا ربا النسبة . وقد قيل أن ابن عباس لم يكن بلغه حديث الربا الذى رواه سعيد الخدرى . فلما بلغه هذا الحديث رجع عن رأيه فى عدم تحريم ربا الفضل . ولكن هذه الرواية مشكوك فيها ، فسرى ما يرويه السرخسى فى المبسوط من أن سعيدا الخدرى نفسه ذهب إلى ابن عباس ، وجرى بينهما جدال عنيف فى مسألة ربا الفضل ، سعيد بحرمه للحديث الذى رواه ، وابن عباس بحله لحديث أسامة « لاربا إلا فى النسبة » ، وينتهى هذا الحوار بأن يقول سعيد والله لا آوانى وإياك ظن بيت مادمت على هذا القول .

والظاهر هو ما نقله السبكي فى تكملة المجموع فى شرح المذهب عن الشافعى أن رأى ابن عباس فى عدم تحريم ربا الفضل هو رأى أهل مكة ، ولعلمهم كانوا يمارسون التجارة على نحو يضيق بربا الفضل ، وأن المسكين قد بلغهم دون شك حديث ربا الفضل ، ولكنهم كانوا يؤولونه على الكرامية لا على التحريم (تكملة المجموع لشرح المذهب جزء ١٠ ص ٣٨) .

وربا النسبة فى هذا الاتجاه هو ربا الجاهلية وعده :

ثم إن ربا النسبة عند أصحاب هذا الاتجاه هو ربا الجاهلية وحده ، وهو

غير ربا النسبة الذي يشير إليه الحديث الشريف في آخر عبارته : « وأن
اختلفت الأصناف فيعموا كيف شتم إذا كان يداً بيد ، ، أي عند اختلاف
الجنس في الأصناف الربوية يجوز الفضل في المبادلة ، ولكن لا تجوز النسبة
بل يجب أن يكون التبادل يداً بيد .

في مواجهة ربا النسبة الوارد في الحديث الشريف يقوم الربا الذي كان
معروفاً في الجاهلية ، وهو ربا من نوع آخر سبقت الإشارة إليه ، ويقول في بيانه
ابن عباس : « كان الرجل منهم إذا حل دينه على غريمه فطالبه به ، قال المظلوب
منه زدني في الأجل وأزيدك في المال . فإذا قيل لهم هذا ربا ، قالوا هما سواء ،
يعنون بذلك أن الزيادة في الثمن حال البيع والزيادة فيه بسبب الأجل عند
حل الدين سواء » (أحكام القرآن للجصاص ١ ص ٤٦٤) . والربا الوارد في
القرآن هو ربا الجاهلية هذا دون غيره ، وفي الآية الكريمة إشارة إلى
ما ذكره من أن الزيادة في الثمن حال البيع والزيادة فيه بسبب الأجل سواء ،
إذ يقول الله تعالى . « ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع
وحرم الربا . »

فالربا المحرم ، في رأى ابن عباس وجماعة من الصحابة والتابعين منهم
عبد الله بن مسعود وعبد الله بن الزبير وأسامة بن زيد وعطاء بن رباح ومنعبد
وعروة ، مقصور على ربا الجاهلية وحده ، وهو الذي كان معروفاً عند العرب
وقد أشار إليه النبي صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع حين قال : « ألا أن كل
ربا في الجاهلية موضوع وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب ،
لكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون . ثم أشار إليه عليه السلام حين
قال في حديث أسامة : « إنما الربا في النسبة ، وتعريف الربا ، باللام في
القرآن للعهد ، أي الربا الذي كان معهوداً عند العرب حين نزلت آيات الربا
في القرآن الكريم . والذي يقطع عند ابن عباس في أن الربا الذي حرمه
القرآن الكريم هو ربا النسبة الذي كان معروفاً في الجاهلية أن سياق الآية
يدل على أن المذكور في كتاب الله ربا النساء لا ربا الفضل ، فإنه قال : « فله

ما سلف. وذروا ما بقى من الربا، وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة. وأن تبتم فلستم رؤوس أموالكم. فالقرآن لا يتحدث إلا عن ربا النسئة المعروف في الجاهلية، أما غيره فيبقى على الحل. ولا يمكن أن يقال إنما يحرم غيره بالحديث، فإن هذا القول يقتضى تخصيص ظاهر القرآن بخبر الواحد، وأنه غير جائز، (الفخر الرازى فى مفاتيح الغيب، ص ٣٥٢).

ردود الفقهاء على أدلة ابن عباس :

ويرد الفقهاء على أدلة ابن عباس ردودا كثيرة متشعبة، نقتصر منها على ما ذكره ابن رشد فى بداية المجتهد، وما ذكره السبكي فى تكملة المجموع لشرح المذهب.

يقول ابن رشد فى بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٦٣): «أجمع العلماء على أن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة لا يجوز إلا مثلا بمثل، بدأ بيد، إلا ما روى عن ابن عباس ومن تبعه من المسكين، بأنهم أجازوا بيعه متفاضلا، ومنعوه نسئة فقط. وإنما صار ابن عباس كذلك لما رواه عن أسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: لا ربا إلا فى النسئة، وهو حديث صحيح. فأخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث، فلم يجعل الربا إلا فى النسئة. وأما الجمهور فصاروا إلى رواه مالك عن نافع عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها شيئا غائبا بناجز، وهو من أصح ما روى فى هذا الباب، وحديث عباده ابن الصامت حديث صحيح أيضا فى هذا الباب فصار الجمهور إلى هذه الأحاديث. إذ كانت نصا فى ذلك وأما حديث ابن عباس فإنه ليس ينص فى ذلك، لأنه روى فيه لفظان، أحدهما أنه قال إنما الربا فى النسئة، وهذا ليس يفهم منه إجازة التفاضل إلا من باب دليل الخطاب، وهو ضعيف ولا سيما إذا عارضه النص. وأما اللفظ

الآخر، وهو لا ربا إلا في النسبة، فهو أقوى من هذا اللفظ، لأن ظاهره يقتضي أن ماعدا النسبة فليس ربا، لكن يحتمل أن يريد بقوله لا ربا إلا في النسبة من جهة أنه الواقع في الأكثر، وإذا كان هذا محتملا والأول نص، وجب تأويله على الجهة التي يصح الجمع بينهما.

ويمكن تلخيص ما ذكره السبكي في تكملة المجموع لشرح المذهب (جزء ١٠ ص ٥٠٥ وما بعدها) فيما يأتي :

(أولاً) أن الحديث الوارد في تحريم ربا الفضل و ربا النسبة قطعي المتن قطعي الدلالة، وهو على كل حال حديث مشهور، وهذا يكفي لتخصيص ظاهر القرآن بالحديث. ولا فرق بين ربا الجاهلية و ربا النسبة و ربا الفضل فكل ذلك ربا محرم بحكم القرآن، فإن لفظ الربا، في الآيات لفظ يحمل بينه السنة (انظر أيضاً الجصاص في أحكام القرآن ١ ص ٤٦٤ - الفخر الرازي في مفاتيح الغيب ص ٣٥٧).

(ثانياً) يمكن تأويل حديث أسامة : إنما الربا في النسبة، بما نقل عن الشافعي من أنه : يحتمل أن يكون الراوى - أسامة - سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل عن الربا في صنفين مختلفين، ذهب بفضة وتمر بخنطة، فقال : إنما الربا في النسبة، فحفظه، فأدى قول النبي صلى الله عليه وسلم، ولم يؤد مسألة السائل. أو يؤول بما نقل عن الماوردي من أنه محمول على الجنس الواحد، ويجوز التماثل فيه نقداً ولا يجوز نساء. أو يؤول بأنه محمول على بيع غير الأصناف الربوية، كبيع الدين بالدين المنهى عنه بحديث : نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ. بل يجوز أن يقال أن حديث أسامة نسخ بحديث أبي سعيد الخدري.

(ثالثاً) أن حديث أسامة : لا ربا إلا في النسبة، إذا لم يمكن تأويله، ولم يصح القول بنسخه، يمكن التوفيق بينه وبين حديث أبي سعيد الخدري على الوجه الذي أشار إليه الحافظ بن حجر في فتح الباري على صحيح البخاري فيما يأتي : «واتفق العلماء على صحة حديث أسامة، واختلفوا في الجمع بينه وبين

حديث أبي سعيد . فقل منسوخ ، ولكن النسخ لا يثبت بالاحتمال . وقيل المعنى في قوله «لا ربا» الربا لا غلط المتوعد عليه بالعقاب الشديد ، كما تقول العرب لا عالم في البلد إلا زيد ، مع أن فيها علماء غيره ، وإنما القصد نفي الأكل لا نفي الأصل . وأيضاً فتنى تحريم ربا الفضل من حديث أسامة إنما هو بالمفهوم ، فيقدم عليه حديث أبي سعيد لأن دلالة بالمنطوق ، ويحمل حديث أسامة على الربا الأكبر كما تقدم .

(رابعاً) من القائلين برأى ابن عباس من الصحابة من ثبت عنه الرجوع عن هذا الرأي يقيين ، وذلك كابن عمر وابن مسعود . ومنهم من اختلف في رجوعه كابن عباس نفسه . ويورد السرخسي في المبسوط (جزء ١٢ ص ١١١ - ص ١١٢) قصة احتمال رجوع ابن عباس عن رأيه على الوجه الآتي :
«..... وحرمة التفاضل ، وهو قول الجمهور من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، إلا البتي روى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه كان يجوز التفاضل في هذه الأموال . ولا معتبر بهذا القول ، فإن الصحابة رضي الله تعالى عنهم لم يسوغوا له هذا الاجتهاد ، على ما روى أن أبا سعيد الخدري رضي الله عنه مشى إليه ، فقال يا ابن عباس إلى متى تؤكل الناس الربا ، أصبحت رسول الله صلى الله عليه وسلم مالم يصحب ! أسمعت منه مالم يسمع ! فقال لا ، ولكن حدثني أسامة بن زيد رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا ربا إلا في النسبة . فقال والله لا آواني وإياك ظل بيت ما دمت على هذا القول . وقال جابر بن زيد رضي الله تعالى عنه : ما خرج ابن عباس رضي الله تعالى عنه من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة . فان لم يثبت رجوعه ، فاجماع التابعين رحمهم الله بعده يرفع قوله ، فهذا معنى قولنا لا يعتد بهذا القول . وتأويل حديث أسامة بن زيد رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن مبادلة الخنطة بالشعر ، والذهب بالفضة ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا ربا إلا في النسبة ، فهذا بناء على ما تقدم

من السؤال ، فكان الراوي سميع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يسمع ما تقدم من السؤال أو لم يشتغل بنقله . ،

والظاهر أن رجوع ابن عباس عن قوله في عدم تحريم ربا الفضل مشكوك فيه ، فهذا سعيد ابن جبير يروي عن ابن عباس أنه قال : ما كان الربا قط في ما وهات ، ، وحلف سعيد ابن جبير بالله ما رجع عنه حتى مات .

§ ٣ — ما ينبغي أن يكون عليه موقف الفقه الإسلامي من الربا

في العصر الحاضر

أما ما ينبغي أن يكون عليه موقف الفقه الإسلامي من الربا في العصر الحاضر ، فقد تباينت الآراء في ذلك ، وتعارضت الاتجاهات . وبحسبنا أن نسجل هنا اتجاهين عصريين متعارضين في الربا ، أحدهما يستبقيه واسعاً كما هو في المذاهب الفقهية ، والآخر يضيق فيه حتى يكاد يغلقه .

ثم تنتقل بعد ذلك إلى ما نعتقد أن يكون هو الموقف المعقول للفقه الإسلامي من الربا في العصر الحاضر .

ونختم البحث ببيان الموقف الفعلي الذي وقفته من الربا التقنيات المدنية العربية .

أولاً — اتجاهان متعارضان في مسألة الربا في العصر الحاضر .

مسألة الربا أمام مؤتمر الفقه الإسلامي المنعقد بباريس سنة ١٩٥١

انعقد مؤتمر للفقه الإسلامي في باريس سنة ١٩٥١ ، وكان الربا من بين المسائل الهامة التي تناولها بحث المؤتمر . وقد ظهر أن هناك اتجاهين متعارضين في مسألة الربا في العصر الحاضر .

الاتجاه الأول يستبقيه كما هو في المذاهب الفقهية ، لا يميز بين ربا وربا ، لجميع أنواع الربا محرمة تحريماً قطعياً . وقد مثل هذا الاتجاه الأستاذ محمد عبد الله دراز في المحاضرة التي ألقاها في المؤتمر . ومثل الاتجاه الآخر - وهو الاتجاه الذي يذهب إلى أن الظروف الاقتصادية التي حرم فيها الربا قد تحولت عما كانت عليه من قبل تحولا جوهرياً وأن حكم الربا في العصر الحاضر ينبغي أن يختلف عما كان عليه في العصور السابقة - الأستاذ معروف الدواليبي في محاضرة أخرى ألقاها في المؤتمر .

الاتجاه المختلف بأنظمة المذاهب الفقهية في الربا :

يروى الأستاذ دراز حديث الربا المعروف ، ويشير إلى أن المذاهب الفقهية اعتبرت الأصناف الستة الواردة في الحديث أمثلة من قاعدة عامة تنطبق على سائر المواد التي تقوم عليها الحياة والتي مردها - في الرأي الراجح عند الفقهاء - إلى نوعين : الأثمان والمطعومات .

ثم يقول (ص ١٤ - ص ١٥ من المحاضرة) : « ومهما يكن من أمر في شأن هذا الاختلاف الفرعي ، فإن هذه القاعدة تقضى بتقسيم الأشياء التي يراد تبادلها إلى ثلاثة أضرب : الضرب الأول أن يكون البدلان من نوع واحد ، كالذهب بالذهب . فهنا يخضع التبادل لشرطين اثنين : التساوي في الكم والفورية في التبادل ، أعني عدم تأجيل شيء من البدلين . الضرب الثاني أن يكونا من نوعين مختلفين من جنس واحد ، كالذهب بالفضة . وكالقمح بالشعير ، فهنا يشترط شرط واحد وهو الفورية ، فلا يضر اختلاف الكم . الضرب الثالث أن يكونا من جنسين مختلفين . كالفضة والطحام ، فلا يشترط في هذا شيء من القيد المذكورين ، بل يكون التقايض فيهما حراً . هكذا كلما كان البدلان من طبيعتين مختلفتين تمام الاختلاف بحيث لا توجد شبهة القصد إلى القرض بفائدة ، فإن الشريعة لا تضع أمام

حرية التبادل حداً من الحدود . اللهم إلا المبدأ العام في المعاملة وهو تجرى الصدق والأمانة . فإذا ما أخذت طبيعة البدلين تتقارب ، بدون أن تتحد ، نرى عند المشرع شيئاً من الحذر المعقول المبني على احتمال أن يكون المتعاملان يقصدان إلى معاملة ربوية . ولذلك نجده ، مع ترخيصه لهما بتفاوت البدلين في الكم ، يحظر عليهما تأجيل أحد العوضين . سداً للطريق أمام فكرة القرض المحرم تحت ستار البيع . أما إذا اتحدت طبيعة البدلين - مع التفاوت في الأوصاف والقيم طبعاً وإلا لما كان هناك معنى للتبادل - فإنه من السهل أن نفهم الحكمة التي من أجلها منع تأجيل الدل ، وذلك أن من شأن هذا التأجيل أن يحمل في طيه فكرة محظورة . وأن يكون القصد هو القرض باسم البيع .

ويذهب الأستاذ دراز إلى أن هناك دعائم قوية يقوم عليها تحريم الربا في جميع صورته . فهناك الدعامة الأخلاقية التي إذا جوزت الربح من طريق المعاملة (أي البيع) ، فإنها لا تجوزه من طريق المجاملة (أي القرض) . وهناك الدعامة الاجتماعية ، وهذه تقضى بأن مجرد تقرير ربح مضمون لرب المال بدون أن يكون في مقابل ذلك ضمان ربح للمقترض ، هذا الوضع فيه محاباة للمال وإيثار له على العمل . وهذه الوسيلة تزيد في توسيع المسافة وتعميق الهوة بين طبقات الشعب بتحويل مجرى الثروة وتوجيهها إلى جهة واحدة معينة ، بدلا من أن نشجع المساواة في الفرص بين الجميع ، وأن نقارب بين مستوى الأمة حتى يكون أميل إلى التجانس وأقرب إلى الوحدة . إن اللوحة البارزة في التشريع القرآني ، وكذلك في كل تشريع اجتماعي جدير بهذا الإسم ، هي الحيلولة دون هذه المحاباة لرأس المال على حساب الجمهور الكادح ، والسعي لتحقيق نوع من التجانس والمساواة بين أفراد الأمة . إنها لكلمات قصيرة ولكنها ذات مدى بعيد ، تلك التي يرسم فيها القرآن دستور هذه السياسة حيث يقول : كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم ، (ص ٢٠) .

وهناك أخيراً الدعامة الإقتصادية ، فإنه ، بمجرد عقد القرض أصبح العمل ورأس المال في يد شخص واحد ، ولم يبق للمقرض علاقة ما بذلك المال ، بل صار المقرض هو الذى يتولى تديره تحت مسؤوليته التامة ، لربحه أو لخسره . حتى أن المال إذا هلك أو تلف ، فانما يهلك أو يتلف على ملكه . فإذا أصررنا على إشراك المقرض فى الربح الناشئ ، وجب علينا فى الوقت نفسه أن نشركه فى الخسارة النازلة ، إذ كل حق يقابله واجب ، أو كما تقول الحكمة النبوية : الخراج بالضمان . أما أن نجعل الميزان يتحرك من جانب واحد ، فذلك هو معاندة للطبيعة . . . ومتى قبلنا اشتراك رب المال فى الربح والخسر معاً ، انتقلت المسألة من موضوع القرض إلى صورة معاملة أخرى ، وهى الشركة التضامنية الحقيقية بين رأس المال والعمل . وهذه الشركة لم يغلها القانون الإسلامى ، بل أساغها ونظمها تحت عنوان المضاربة أو القراض . غير أنه لكى يقبل رب العمل الخضوع لهذا النوع من التعامل يجب أن يكون لديه من الشجاعة الأدبية ما يواجه به المستقبل فى كل احتمالاته ، وهذه فضيلة لا يملكها المرابون ، لأنهم يريدون ربحاً بغير مخاطرة ، وذلك هو ما يسمى تحريف قواعد الحياة ومحاولة تبديل نظمها . هكذا إذا سرنا وفقاً للأصول والمبادئ الاقتصادية فى أدق حدودها ، كانت لنا الخيرة بين نظامين اثنين لا ثالث لهما : فأما نظام يتضامن فيه رب المال والعامل فى الربح والخسر ، وأما نظام لا يشترك فيه معه فى ربح ولا خسر . ولا ثالث لهما إلا أن يكون تلفيقاً من الجور والمحاباة ، (ص ٢١) .

ثم ينتقل الأستاذ دراز إلى المسألة العملية الهامة فى محاضراته فيقول : « وأما المسألة الثانية ، وهى حكم الربا فى وقتنا هذا ، فانها ليست قضية مبدأ ، وإنما هى قضية تطبيق . . . وهى فوق ذلك ليست فيما أرى من الشؤون التى يقضى فيها فرداً أو بضعة أفراد ، بل ينبغى أن يتداعى لها طوائف من الخبراء فى القانون والسياسة والاقتصاد من كل جانب وأن يدرسوها دراسة دقيقة مستفيضة من جميع نواحيها الحاضرة والمستقبلية . وكل ما أريد أن أقوله

الآن يتلخص في جملتين صغيرتين ، أرجو أن يتخذنا أساساً للبحث في التفاصيل (الأولى) هي أن الإسلام قد وضع إلى جانب كل قانون ، بل فوق كل قانون ، قانوناً أعلى يقوم على الضرورة التي تبيح كل محظور ، « وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه » . (الثانية) هي أنه لا جمل أن يكون تطبيق قانون الضرورة على مسألة ما تطبيقاً مشروعاً ، لا يكفي أن يكون المرء عالماً بقواعد الشريعة ، بل يجب أن يكون له من الورع والتقوى ما يحجزه عن التوسع أو عن التسرع في تطبيق الرخصة على غير موضعها ، كما يجب أن يبدأ باستنفاد كل الحلول الممكنة المشروعة في الإسلام . فانه أن فعل ذلك عسى ألا يجد حاجة للترخص ولا للاستثناء ، كما هي سنة الله في أهل العزائم من المؤمنين . « ومن يتق الله يجعل له مخرجاً ويرزقه من حيث لا يحتسب » ، (ص ٢١ - ص ٢٢) .

ويبدو أن الأستاذ دراز يقرر كمبدأ عام تحريم الربا في جميع صورته وأشكاله . دون تدرج في مرتبة التحريم بأن يكون من صور الربا ما هو محرم تحريم المقاصد ومنها ما هو محرم تحريم الوسائل . وإذا تكلم عن الضرورة التي تبيح الربا ، فإنما هي الضرورة الملحة التي يكون من شأنها أن تبيح أكل الميتة والدم ، وذلك في جميع صور الربا دون استثناء ، وليست الضرورة عنده هي مجرد الحاجة . بل أنه ليوصي في آخر عبارته بالهواذة والناني قبل القول بقيام الضرورة ، ويتطلب ممن يقول بذلك ، فوق العلم بقواعد الشريعة الإسلامية ، ورعا وتقوى يحجزانه « عن التوسع أو عن التسرع في تطبيق الرخصة على غير موضعها ، كما يجب أن يبدأ باستنفاد كل الحلول الممكنة المشروعة في الإسلام ، فانه إن فعل عسى ألا يجد حاجة للترخص ولا للاستثناء » .

على أننا نلاحظ أن الأستاذ دراز من جهة أخرى يسلم بأن هناك صوراً من الربا إنما حرمت سدا للذرائع ، فتحريمها تحريم للوسائل لا للمقاصد . فهو

يقول (ص ١٥) : «ولذلك نجد (أى المشرع) مع ترخيصه لهما بتفاوت البدلين في الحكم يحظر عليها تأجيل أحد العوضين ، سداً للطريق أمام فكرة القرض المحرم تحت ستار البيع» . ثم يقول (ص ١٧) : «وواضح أن تسمية الربح المجتلب من طريق هذا التبادل ، الذى تنقصه الصراحة والأمانة ، باسم الربا ، إنما هي تسمية مجازية ، قصد منها إلى إبراز ما فيه من مخالفة لقانون الأخلاق ومجافاة لقواعد الرحمة الانسانية ، وذلك بتشبيهه بالربا الحقيقى الذى هو مثل من السحت وأكل المال بالباطل ، . إذن هناك رباً حقيقى هو مثل فى السحت وأكل المال بالباطل ، وهناك رباً مجازى سمي ربا لإبراز ما فيه من مخالفة لقانون الأخلاق ومجافاة لقواعد الرحمة الانسانية ، وذلك بتشبيهه بالربا الحقيقى . أليس الربا الحقيقى والربا المجازى فى لغة الأستاذ دراز هو الربا الجلى والربا الخفى فى لغة ابن القيم ؟ بل إننا نرى الأستاذ دراز يساير ابن القيم فيما ذهب إليه من جواز بيع المصوغات الذهبية بأكثر من وزنها ذهباً ، فهو يقول (ص ١٦) : «فإذا صح ما ذهبنا إليه فى تفهم مقاصد الشريعة من هذا الحكم ، لم يبق هناك حرج قط - كما أوضحه ابن القيم فى أعلام الموقعين . . فى أن تباع المصوغات الذهبية بأكثر من وزنها ذهباً أو المصوغات الفضية بأكثر من وزنها فضة. ذلك لأن قيمة الصنعة قد قدرت هنا بمعيارها الواضح المحدد الذى لا يدع مجالاً لتزييف تراضى المتبايعين» . فهل يميز الأستاذ دراز فى الحكم بين الربا الحقيقى والربا المجازى . كما يميز ابن القيم فى الحكم بين الربا الجلى والربا الخفى ؟ وهل هو يقر ابن القيم على أن الربا الحقيقى لا يجوز إلا للضرورة الملحة ، أما الربا المجازى فيجوز لمجرد الحاجة ؟ وهل أباح الأستاذ دراز ، كما أباح ابن القيم ، أن تباع المصوغات الذهبية بأكثر من وزنها ذهباً لقيام الحاجة دون أن تقوم الضرورة ؟ لا نظن ذلك . فان الأستاذ دراز يعلل الأمر فى المصوغات الذهبية بأن للصنعة قيمة يقابلها شيء من الثمن ، فهو لا يتكلم هنا لا عن الضرورة ولا

عن الحاجة . ثم أن تميزه بين الربا الحقيقى والربا المجازى لا يريد من ورائه تميزا فى الحكم ، بل مجرد الإيضاح والبيان ، وإلا فهو قد جمع بين صور الربا كلها فى حكم واحد وهو التحريم القطعى . ولم يحز الربا فى أية صورة من صورهِ إلا للضرورة الملحة ، ثم هو يريد من الناس أن تترفق قبل القول بقيام هذه الضرورة !

ويستند الأستاذ دراز فى تبرير رأيه إلى الاعتبار الاقتصادى ، ويشير إلى ضرورة أن يتقاسم رأس المال والعمل الربح والخسارة كما فى المضاربة أو القرض . ولكن فى نظام اقتصادى يقوم على رأس المال ، أى فى نظام رأسمالى كالنظم القائمة فى كثير من البلاد ، يصح أن يكون لرأس المال أجرة مكفولة كأجرة الأعيان . والامر يتعلق بالنظام الاقتصادى القاسم . فإن أريد إشار العمل على رأس المال ، وتوحيد طبقات الشعب دون محاباة لرأس المال على حساب الجمهور الكادح - كما يقول الأستاذ دراز فى الاعتبار الاجتماعى الذى أخذ به - فإن هذا يقتضى فى نظرنا تحويل النظام الاقتصادى القائم من نظام رأسمالى إلى نظام اشتراكى ، وللنظام الاشتراكى مبررات لا تقل عن مبررات النظام الرأسمالى .

الاتجاه المتحرر من أمطام المذاهب الفقرية فى الربا:

يذهب الأستاذ معروف الدواليبى فى المحاضرة التى ألقاها فى مؤتمر الفقه الإسلامى بباريس إلى أن الربا المحرم إنما يكون فى القروض التى يقصد بها إلى الاستهلاك لا إلى الإنتاج . وفى هذه المنطقة - منطقة الاستهلاك - يستغل المرابون حاجة المعوزين والفقراء . ويرهقونهم بما يفرضون عليهم من ربا فاحش . أما اليوم ، وقد تطورت النظم الاقتصادية ، وانتشرت الشركات وأصبحت القروض أكثرها قروض إنتاج لا قروض استهلاك ، فإن من

الواجب النظر فيما يقتضيه هذا التطور في الحضارة من تطور في الأحكام . ويتضح ذلك بوجه خاص عندما تقترض الشركات الكبيرة والحكومات من الجماهير وصغار المدخرين ، فإن الآلة تنعكس ، والوضع ينقلب ، ويصبح المقرض - أى الشركات والحكومات - هو الجانب القوى المستغل ، ويصبح المقرض - أى صغار المدخرين - هو الجانب الضعيف الذى يجب له الحماية .

فيجب إذن أن يكون لقروض الإنتاج حكمها فى الفقه الإسلامى ، ويجب أن يتمشى هذا الحكم مع طبيعة هذه القروض ، وهى طبيعة تغار مغايرة تامة لطبيعة قروض الاستهلاك . ولا تعدو الحال أحد أمرين : أما أن تقوم الدولة بالأقراض للمنتجين ، وأما أن تباح قروض الإنتاج بقيود وفائدة معقولة . والحل الثانى هو الحل الصحيح . ويرى الأستاذ الدوابى أمكان تخريجه على فكرة الضرورة وعلى فكرة تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، كما لو تذرع العدو بمسلم ، فلا مناص من قتل المسلم حتى يمكن الوصول إلى العدو .

ويؤخذ على هذا رأى أمران : (١) يصعب كثيرا من الناحية العملية التمييز بين قروض الإنتاج وقروض الاستهلاك ، حتى تباح الفائدة المعقولة فى الأولى وتحرم إطلاقا فى الثانية . قد يكون واضحا فى بعض الحالات أن القروض قروض إنتاج يصح أن تباح فيها الفائدة المعقولة ، كما هو الأمر فى القروض التى تعقدها الحكومات والشركات ، ولكن هناك صوراً أخرى من القروض ، أكثرها وقوعا فى القروض التى تعقدها الأفراد مع المصارف والمنظمات المالية ، فهل هى قروض إنتاج تباح فيها الفائدة المعقولة ، أو هى قروض استهلاك لا تجوز فيها الفائدة أصلا ؟ وهل نستطيع هذا التمييز فى كل حالة على حدة ، فتبيح هذا ونحرم هناك ؟ ظاهر أن هذا التمييز متعذر ، فلا بد إذن من أحد أمرين : إما أن تباح الفائدة المعقولة فى جميع القروض

وإما أن تحرم في جميعها . وإذا فرضنا جدلاً أنه يمكن تمييز قروض الانتاج ، فإن تخرج جواز الفائدة المعقولة في هذه القروض على فكرة الضرورة لا يستقيم . فالضرورة بالمعنى الشرعي ليست قائمة ، وإنما هي الحاجة لا الضرورة ، وينبغي التمييز بين الأمرين .

ثانياً - ما ينبغي أن يكون موقف الفقه الإسلامي من الربا في العصر الحاضر

تحريم الربا هو الحكم الذي تسمى مع كل العصور وجميع الحضارات : لا نشك في أن الواجب ، في كل العصور وفي جميع الحضارات ، أن يحرم الربا كبداً عام . وقد تضافر القرآن الكريم والحديث الشريف على تقرير تحريم الربا كأصل عام من أصول التشريع الإسلامي . والفقه الإسلامي يحرم الربا، ويرى من وراء تحريمه إلى تحقيق أغراض سامية جليلة ، تتبين من النصوص الآتية :

يقول ابن القيم في أعلام الموقعين (جزء ٢ ص ١٠١ - ص ١٠٣) : «وأما الأصناف الأربعة المطعومة فحاجة الناس إليها أعظم من حاجتهم إلى غيرها لأنها أقوات العالم وما يصلحها ، فمن رعاية مصالح العباد أن منعوا من بيع بعضها ببعض إلى أجل ، سواء اتحد الجنس أو اختلف . ومنعوا من بيع بعضها ببعض حالاً متفاضلاً وأن اختلفت صفاتها ، وجوز لهم التفاضل فيها مع اختلاف أجناسها . وسر ذلك والله أعلم أنه لو جوز بيع بعضها ببعض نساء لم يفعل ذلك أحد إلا إذا ربح ، وحينئذ تسمح نفسه ببيعها حالة لطبعه في الربح ، فيعز الطعام على المحتاج ، ويشد ضرره . وعامة أهل الأرض ليس عندهم دراهم ولا دنانير ، لاسيما أهل العمود والبادي ، وإنما يتناقلون الطعام بالطعام ، فكان من رحمة الشارع بهم وحكمته أن منعهم من ربا النساء

فيها كما منعهم من ربا النساء في الأثمان ، إذ لو جوز لهم النساء فيها لدخلها إما أن تقضى وإما أن تربي ، فيصير الصاع الواحد لو أخذ قفزا نأ كثيرة... يوضح ذلك أن من عنده صنف من هذه الأصناف وهو محتاج إلى الصنف الآخر ، فإنه يحتاج إلى بيعه بالدراهم ليشتري الصنف الآخر ، كما قال النبي صلى الله عليه وسلم بع الجمع بالدراهم ثم اشتر بالدراهم جنيها ، أو يبيعه بذلك الصنف نفسه بما يساوي . وعلى كلا التقديرين يحتاج إلى بيعه حالا ، بخلاف ما إذا مكن من النساء فإنه حينئذ يبيعه بفضله ، ويحتاج أن يشتري الصنف الآخر بفضله لأن صاحب هذا الصنف يربي عليه كما أرى هو على غيره ، فينشأ من النساء تضرر بكل واحد منهما... وسر المسألة أنهم منعوا من التجارة في الأثمان بجنسها لأن ذلك يفسد عليهم مقصود الأثمان ، ومنعوا من التجارة في الأقوات بجنسها لأن ذلك يفسد عليهم مقصود الأقوات . ويقول ابن رشد ، بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٠٩-ص ١١٠) : «يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا إنما هو لمكان الغبن الكثير الذي فيه ، وأن العدل في المعاملات إنما هو مقارنة التساوي . ولذلك لما عسر إدراك التساوي في الأشياء المختلفة الذوات ، جعل الدينار والدرهم لتقويمها أي تقديرها . ولما كانت الأشياء المختلفة الذوات ، أعني غير الموزونة والمكيلة . العدل فيها إنما في وجود النسبة ، أعني أن تكون نسبة قيمة أحد الشيئين إلى جنسه نسبة قيمة الشيء الآخر إلى جنسه ، مثال ذلك أن العدل إذا باع إنسان فرسا بثياب هو أن تكون نسبة قيمة ذلك الفرس إلى الأفراس هي نسبة قيمة ذلك الثوب إلى الثياب ، فإن ذلك الفرس قيمته خمسون ، فيجب أن تكون تلك الثياب قيمتها خمسون . فليكن مثلا الذي يساوي هذا القدر عددها هو عشرة أثواب ، فإذا اختلفت هذه المبيعات بعضها ببعض في العدد واجب في المعاملة العادلة ، أعني أن يكون عدل فرس عشرة أثواب في المثل . وأما الأشياء المكيلة أو الموزونة ، قلما كانت ليست تختلف كل الاختلاف ، وكانت منافعا متقاربة ، ولم تكن حاجة ضرورية لمن كان عنده منها صنف أن يستبدله بذلك الصنف بعينه إلا على جهة السرف ، كان العدل في هذه إنما هو بوجود التساوي في

الكيل أو الوزن ، إذ كانت لا تتفاوت في المنافع . وأيضاً فإن منع التفاضل في هذه الأشياء يوجب ألا يقع فيها تعامل لكون منافعها غير مختلفة والتعامل إنما يضطر إليه في المنافع المختلفة . فإذا منع التفاضل في هذه الأشياء ، أعني المكيلة والموزونة ، له علتان : إحداهما وجود العدل فيها ، والثاني منع المعاملة إذ كانت المعاملة بها من باب السرف ، وأما الدينار والدرهم ، فعلة المنع فيها أظهر ، إذ كانت هذه ليس المقصود منها الربح ، وإنما المقصود بها تقدير الأشياء التي لها منافع ضرورية . وروى مالك عن سعيد بن المسيب أنه كان يعتبر في علة الربا في هذه الأصناف الكيل والطعم ، وهو معنى جيد لكون الطعم ضرورياً في أقوات الناس ، فإنه يشبه أن يكون حفظ العين ، وحفظ السرف فيما هو قوت أهم منه فيما ليس هو قوتاً .

يتبين مما قدمناه من النصوص أن هناك أغراضاً ثلاثة يقصد إلى تحقيقها من وراء تحريم الربا : (أولاً) منع احتكار أقوات الناس . (ثانياً) منع التلاعب في العملة ، حتى لا تتقلب أسعارها ، وحتى لا تصبح هي ذاتها سلعة من السلع . (ثالثاً) منع الغبن والاستغلال عند التعامل في الجنس الواحد ، لأن التفاضل في الكم لا يمكن حسابه بدقة تواجه التفاضل في الكيف ، فلا بد من وقوع الغبن على أحد المتبايعين . ومن ثم قال النبي عليه السلام لمن باع التمر صاعين بصاع : ذلك هو الربا ، ردوه ثم بيعوا تمرنا ثم اشتروا لنا من هذا . فأضبط معيار للتبادل ما بين مقدارين من جنس واحد هو النقود ، يباع أحد المقدارين بنقود ثم يشتري بالنقود المقدار الآخر . فإذا تعادل المقداران كما وكيفا ، فإن التبادل فيهما يكون من باب السرف (١) .

(١) ويتول الأستاذ محمد عبادة ذرازا في محاضراته المشار إليها (ص ١٧) في الأغراض المقصود تحقيقها عن طريق تحريم الربا ما يأتي : « ولكي نلخص فكرتنا عن القواعد التي وضعها التشريع النبوي في باب التبادل والتفاضل نقول : إن هذه القواعد تهدف إلى غرض مزدوج . فهي من إحدى الجبهتين تريد أن تحمي النقود والأطعمة ، وهما أهم حاجات الجماعة وأعظم مقومات حياتها ، وذلك بمنع وسائل احتكارها ، أو إخفاؤها من الأسواق ، أو تعريضها لتقلبات الثمنية المفاجئة . وهي من الجهة الأخرى تحرص على حماية الفقراء والأغرار من طرق الغبن والاستغلال التي يتبعها بعض التجار الجشعين » .

استبقاء التمييز بين ربا الجاهلية الوارد في الكتاب وكل من ربا

النسيئة وربا الفضل الواردين في السنة :

على إننا إذا استبقينا الحرمة كأصل عام للربا في جميع صورته ، فلا بد لنا مع ذلك من استبقاء التمييز بين ربا الجاهلية من جهة وكل من ربا النسيئة وربا الفضل من جهة أخرى . فإن هذا التمييز من الوضوح والخطر بحيث لا وجه للنزاع فيه .

فربا الجاهلية محرم لذاته بتحريم المقاصد .

وكل من ربا النسيئة وربا الفضل محرم لا لذاته ، بل باعتباره ذريعة إلى ربا الجاهلية . فهو محرم بتحريم الوسائل لا بتحريم المقاصد ، وذلك سدا للذرائع . ولا نزال نستبقى النتيجة الهامة التي تترتب على هذا التمييز : فربا الجاهلية لا تجيزه إلا ضرورة ملحة من شأنها أن تبيح أكل الميتة والدم . أما كل من ربا النسيئة وربا الفضل ، فيكفي لأجازته أن تقوم الحاجة إلى ذلك .

القرض الذي يجبر منفعة :

وقد يكون غريبا أننا لم نعالج في صور الربا حتى الآن الصورة المألوفة التي تتكرر كل يوم ، وهي صورة القرض بفائدة . فإن جميع أنواع الربا التي عرضنا لها - لا سيما الربا الوارد في الحديث الشريف - إنما هي بيع لا قروض . فهل القرض يدخل في العقود الربوية !

يبدو هذا السؤال غريبا ، فإن القرض هو أول عقد ربوي في الشرائع الحديثة . ولكن الواقع أن القرض في الفقه الإسلامي ليس أصلا من أصول العقود الربوية ، إذ البيع هو الأصل كما رأينا ، ويقاس على البيع الربوي القرض الذي يجبر منفعة .

وهذا بعض ما جاء في كتب الفقه الإسلامي من النصوص في القرض الذي يجر منفعة :

جاء في البدائع (جزء ٧ ص ٣٩٥ - ٣٩٦) : « وأما الذي يرجع إلى نفس القرض فهو ألا يكون فيه جر منفعة ، فإن كان ، لم يجر ، نحو ما إذا أقرض دراهم غلة على أن يرد عليه صحاحا أو أقرضه وشرط شرطا له فيه منفعة ، لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم إنه نهى عن قرض جر نفعا ، ولأن الزيادة المشروطة تشبه الربا لأنها فضل لا يقابله عوض ، والتحرز عن حقيقة الربا وعن شبهة الربا واجب . هذا إذا كانت الزيادة مشروطة في القرض . فأما إذا كانت غير مشروطة فيه ولكن المستقرض أعطاه أجودهما ، فلا بأس بذلك ، لأن الربا اسم لزيادة مشروطة في العقد ولم توجد ، بل هذا من باب حسن القضاء وأنه أمر مندوب إليه ، قال النبي عليه السلام خيار الناس أحسنهم قضاء ، وقال النبي عليه الصلاة والسلام عند قضاء دين لزمه للوازن زن وأرجح . وعلى هذا تخرج مسألة السفاتج التي يتعامل بها التجار أنها مكروهة ، لأن التاجر ينتفع بها بأسقاط خطر الطريق فتشبه قرضا جر نفعا . فإن قيل أليس أنه روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما إنه كان يستقرض بالمدينة على أن يرد بالكوفة وهذا انتفاع بالقرض بإسقاط خطر الطريق ، فالجواب أن ذلك محمول على أن السفينة لم تكن مشروطة في القرض مطلقا ثم تكون السفينة ، وذلك مما لا بأس به على ما بينا والله أعلم . (١) »

(١) وقد ترتب على أنه لا يجوز أن يجر القرض نفعا أن الأجل غير لازم في القرض ، ذلك أن القرض إذا كان لا يجر نفعا فهو تبرع ، فلو لم فيه الأجل لم يبق تبرعا . جاء في البدائع (جزء ٧ ص ٣٩٦) في هذا الصدد ما يأتي : « والأجل لا يلزم في القرض ، سواء كان مشروطا في المقد أو متأخرا عنه بخلاف سائر الديون . والفرق من وجهين : أحدهما أن القرض تبرع ، ألا ترى أنه لا يقابله عوض للحال وكذا لا يسلك من يملك التبرع فلو لم فيه الأجل لم يبق تبرعا فيتغير المشروط ، بخلاف الديون . والثاني أن القرض يسلك به مملك الماربة والأجل لا يلزم في العواري ، والدليل على أنه يسلك به مملك الماربة أنه لا يخلو أنا أن يسلك به مملك المبادلة =

وجاء في الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٢٠٢ - ص ٢٠٣) : وقال محمد رحمه الله تعالى في كتاب الصرف أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى كان يكره كل قرض جر منفعة . قال الكرخي هذا إذا كانت المنفعة مشروطة بأن أقرض غلة ليرد عليه صحاحا أو ما أشبه ذلك ، فإن لم تكن المنفعة مشروطة في العقد فأعطاه المستقرض أجود بما عليه فلا بأس به . كذلك إذا أقرض رجل دراهم أو دنانير ليشتري المستقرض من المقرض متاعا بضمن غال فهو مكروه . . هذا إذا تقدم القرض على البيع فأما إذا تقدم البيع على القرض ، وصورة ذلك رجل طلب من رجل أن يعامله بمائة دينار ، فباع المطلوب منه المعاملة من الطالب ثوبا قيمته عشرون دينارا بأربعين دينارا ، ثم قرض ستين دينارا ، حتى صار للمقرض على المستقرض مائة دينار وحصل للمستقرض ثمانون دينارا ، فذكر الخصاص أن هذا جائز وإذا رجع في بذل القرض ولم يكن الرجحان مشروطا في القرض فلا بأس به ، كذا في المحيط . .

وجاء في الشرح الكبير للدردير (حاشية الدسوقي جزء ٣ ص ٢٢٦ - ص ٢٢٧) : « أو جر منفعة .. كشرط قضاء عفن بسالم أو شرط دفع دقيق أو كعك يبلى غير بلد القرض ولو لحاج ، لما فيه من تخفيف مؤونة حملة ومفهومه الجواز مع عدم الشرط ، وهو كذلك . . ثم شبه في المنع قوله كسفتجة . . الكتاب الذي يرسله المقرض لوكيله يبلى ليدفع للمقرض نظير ما أخذه منه يبلى ، ويحتمل إنه مثال لما جر منفعة ، إلا أن يعم الخوف أى يغلب سائر الطرق فلا حرمة ، بل يندب للأمن على النفس أو المال ، بل قد يجب ،

== وهي عليك الشيء بمثله أو يسلك به مسلك العارية . لاسيما إلى الأول لأنه عليك العين بمثله نسيئة وهذا لا يجوز ، فتعين أن يكون عارية ، فجعل التقدير كأن المستقرض انتفع بالعين مدة ثم رد عين ما قبض وإن كان يرد بدله في الحقيقة ، وجعل رد بدل العين بمنزلة رد العين بخلاف سائر الديون وقد يلزم الأجل في القرض بحال ، بأن يقرض من ماله بعد موته فلانا ألف درهم إلى سنة ، فإنه تنفذ وصيته ويقرض من ماله كما أمر ، وليس لورثته أن يطالبوا قبل السنة ، والله تعالى أعلم . .

وجاء في المذهب (جزء أول ص ٣٠٤) : « ولا يجوز قرض جر منفعة ، مثل أن يقرضه ألفا على أن يبيعه داره ، أو على أن يرد عليه أجود منه أو أكثر منه ، أو على أن يكتب له بها سفتجة يربح فيها خطر الطريق . والدليل عليه ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن سلف وبيع والسلف هو القرض في لغة أهل الحجاز . وروى عن أبي بن كعب وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم أنهم نهوا عن قرض جر منفعة . ولأنه عقد أرفاق ، فإذا شرط فيه منفعة خرج عن موضوعه . فإن بدأ المستقرض فزاده أو رد عليه ما هو أجود منه أو كتب له سفتجة أو باع منه داره ، جاز ، لما روى أبو رافع رضي الله عنه قال استسلف رسول الله صلى الله عليه وسلم من رجل بكراً ، فجاءته أبل الصدقة ، فأمرني أن أقضي الرجل بكراً ، فقلت لم أجد في الإبل إلا جملاً خياراً رباعياً ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم أعطه فإن خياركم أحسنكم قضاء . وروى جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال كان لي على رسول الله صلى الله عليه وسلم حق ، فقضائي وزادني . فإن عرف لرجل عادة إنه إذا أستقرض زاد في العوض ، ففي إقراضه وجهان ، أحدهما لا يجوز إقراضه إلا أن يشترط رد المثل لأن المتعارف كالمشروط ولو شرط الزيادة لم يحز فكذلك إذا عرف بالعادة ، والثاني إنه يجوز وهو المذهب لأن الزيادة مندوب إليها فلا يجوز أن يمنع ذلك صحة العقد . »

وجاء في المغنى (جزء ٤ ص ٣٦٠ - ص ٣٦١) : « وكل قرض شرط فيه أن يزيده فهو حرام بلا خلاف . . . وقد نص أحمد على أن من شرط أن يكتب له بها سفتجة لم يحز ، ومعناه اشتراط القضاء في بلد آخر ، وروى عنه جوازها لكونها مصلحة لها جميعاً . وقال عطاء كان ابن الزبير يأخذ من قوم بمكة دراهم ، ثم يكتب لهم بها إلى مصعب بن الزبير بالعراق فيأخذونها منه ، فسئل عن ذلك ابن عباس فلم يرد به بأساً . وروى عن علي رضي الله عنه أنه سئل عن مثل هذا فلم يرد به بأساً . وعن لم يرد به بأساً ابن سيرين والنخعي . »

فان أقرضه مطلقاً من غير شرط ، فقضاه خيراً منه في القدر أو الصفة أو دونه برضاها جاز ، ، (١) .

ويتبين مما قدمناه من النصوص أن القرض الذي يتضمن فائدة ليس أصيلاً في العقود الربوية ، بل هو يقاس عليها : يجوز أولاً أن يتضمن القرض فائدة غير مشروطة ، فإذا رجح المستقرض في بدل القرض ولم يكن الرجحان مشروطاً فلا بأس به . ويجوز ثانياً أن يستر القرض فائدة ، كمن يبيع الشيء غالباً للمستقرض ثم يقرضه بعد ذلك مبلغاً من المال ، إذ لا شك في أن الفرق بين الثمن العالي والقيمة الحقيقية إنما هو فائدة القرض وأخيراً إذا تضمن القرض زيادة مشروطة ظاهرة — وهذه هي الفائدة بعينها — فان هذا لا يجوز ، ولكن لا لأن الزيادة المشروطة ربا ، بل لأنها تشبه الربا ، والتحرز عن حقيقة الربا وعن شبهة الربا واجب .

فإذا كانت الفائدة في القرض لا تعتبر ربا حقيقياً ، بل يقتصر الأمر على أن فيها شبهة الربا ، فلا مناص من القول بأن ربا القرض يُلحق بربا النسبة وربا الفضل ، ويجمع بين كل هذه الأنواع من الربا إنها جميعاً محرمة ، ولكن التحريم فيها تحريم للوسائل لا تحريم للمقاصد ، ومن ثم يرتفع التحريم إذا قامت الحاجة (٢) .

(١) أنظر أيضاً . المبسوط للرخسى جزء ١٤ ص ٣٥ وما بعدها — ابن عابدين جزء ٤ ص ٢٧٠ — حاشية الدسوقي على الفردير جزء ٣ ص ٢٢٦ وما بعدها — الشرح الكبير على المقنع جزء ٤ ص ٣٦٠ — ص ٣٦٣ .

(٢) على أن الصورة التي يرسمها الفقهاء عادة للقرض في العصور السافة تجعله أقرب إلى الصدقة ، فتاير ما بين طبيعته في تلك العصور وطبيعته اليوم حيث هو في أكثر صورته وسيلة مألوفة من وسائل تزويد المنتج بعنصر ضروري من عناصر الإنتاج وهو رأس المال — جاء في المغني (جزء ٤ ص ٣٥٣) . والقرض مندوب إليه في حق القرض . يباح للمقترض ، لما روينا من الأحاديث ، ولما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، والله في عون العبد مادام العبد في عون أخيه . وعن أبي الدرداء أنه قال : لأن أقرض دينارين ، ثم يردان ، ثم أقرضهما ، أحب إلي من أن أتصدق بهما . ولأن فيه تريباً عن أخيه المسلم ، وقضاء لحاجته ، وعوناً له ، فكان مندوباً إليه كالصدقة عليه .

الأصل في الربا التحريم ولا يجوز الا للضرورة أو الحاجة :

وقد آن أن نلخص ما وصلنا إليه من نتائج في هذا البحث :

١ - فالأصل في الربا التحريم ، الربا في جميع صورته ، سواء كان ربا الجاهلية أو ربا النسيئة أو ربا الفضل أو ربا القرض . والاعتبارات التي تدعو إلى تحريمه هي التي قدمناها : وقاية الناس من احتكار أقواتهم ، وحمايتهم من التلاعب في أسعار العملة التي يستخدمونها ، ودفع الغبن والاستغلال عنهم .

٢ - على أن هناك صورة من الربا هي أشنع هذه الصور وأشدّها استغلالاً للمعوز والفقير . وهي الصورة التي نزل فيها القرآن منذراً متوعداً ، صورة الربا الذي تعودته العرب في الجاهلية ، فيأتي الدائن مدينه عند حلول أجل الدين ويقول إما أن تقضى وإما أن تربى ، والأرباء معناه أن يزيد الدين على المستحق في مقابل إطالة الأجل . وهذا أشبه بما نسميه اليوم بالفوائد على الفوائد أو الربح المركب ، وصورته أن يتقاضى الدائن فوائد مستقلة على ما تجمد من الفوائد ، فيقول للمدين إما أن تقضى رأس المال وما تجمد عليه من الفوائد ، وإما أن تربى بأن تضم المتجمد من الفوائد إلى رأس المال فيصبح المجموع رأس مال جديد يزيد بما ينتج من الفوائد عن المدة التي أطيل فيها أجل الدين .

هذه الصورة من الربا في العصر الحاضر هي التي تقابل ربا الجاهلية . وهي محرمة تحريماً قاطعاً لذاتها ، تحريم مقاصد لا تحريم وسائل ، فهي التي تجر الويل والخراب على المدين ، وتضاعف رأس المال في سنوات قليلة ، فيأكل الدائن الربا أضعافاً مضاعفة ، وهي الصورة التي محقها الله تعالى في قرآنه الكريم . ومن ثم لا يجوز الربا في هذه الصورة أصلاً . بل إن نظرية الضرورة ذاتها لا تتسع لهذا الجواز ، فإن الضرورة الملحة التي تلجى . كلام .

المدين والدائن على التعامل بالربا على هذا النحو - الضرورة التي يكون من شأنها أن تبيح الميتة والدم - لا يمكن تصورهما . وحتى إذا أمكن تصورهما في حق المدين بأن كان في حاجة إلى المال لحفظ حياته ولم يجد من يقرضه إياه إلا على هذا الشرط ، فإنه لا يمكن تصورهما في حق الدائن ، وإلا فما هي هذه الضرورة الملحة التي تدفع الدائن إلى هذا الاستغلال إن لم يكن الطمع والجشع ! .

٣ - أما الصور الأخرى من الربا - الفائدة البسيطة للقرض وربما النسبة وربما الفضل - فهذه أيضاً محرمة . ولكن التحريم هنا تحريم للوسائل ، لا تحريم للمقاصد . بعض هذه الصور ، وهي الخاصة بالأصناف الستة وبفائدة القرض ، وردت بنصوص صريحة في الأحاديث الشريفة . وبعضها ، وهي الخاصة بالأصناف الأخرى التي ألحقها الفقهاء بالأصناف الستة ، كان من عمل الفقهاء ، وهي تقوم على صناعة فقهية لاشك في سلامتها . وكلها وسائل لا مقاصد ، وقد حرمت سداً للذرائع . ومن ثم يكون الأصل فيها التحريم ، وتجاوز استثناء إذا قامت الحاجة إليها . والحاجة هنا معناها ، كما يقول ابن القيم ، مصلحة راجحة ، في صورة معينة من صور الربا ، تفوت إذا بقي التحريم على أصله . عند ذلك تجوز هذه الصورة استثناء من أصل التحريم ، وتجاوز بقدر الحاجة القائمة ، فإذا ارتفعت الحاجة عاد التحريم .

٤ - وتبدأ الحاجة أن تكون حاجة شخصية ذاتية ، تقوم بفرد بالذات . ففي بيع العرايا تقوم الحاجة بشخص المشتري ، فهو يبتاع بشمره الجاف ما على رؤوس النخل من الرطب إذا كان هو بالذات في حاجة إلى الرطب . وهذا ما ورد النص الصريح بجوازه ، وأجمعت الفقهاء على صحته . ويقاس عليه بيع الدنانير والدراهم المسكوكة بأكثر من وزنها ذهباً أو فضة ، إذا احتاج التاجر أو غير التاجر إليها خوفاً من فوات السوق أو من فوات الرفقة ، أي أن الحاجة هي هنا أيضاً شخصية ذاتية . وهذا ما قال به مالك على النحو الذي يبيناه فيما تقدم .

ثم تنتهي الحاجة إلى أن تكون عامة شاملة ، لا تقوم بفرد بالذات دون غيره ، بل تكون في طبيعة المعاملة نفسها . فيبيع المصوغ بأكثر من وزنه ذهباً أو فضة دعت إليه حاجة عامة ، هي أن تكون لصناعة الصياغة قيمة يقابلها شيء من الثمن ، وإلا اندثرت هذه الصناعة مع قيام الحاجة إليها . فما دامت هناك صياغة مباحة ، كخاتم الفضة وحلية النساء وما أبيع من حلية السلاح وغيرها ، والناس في حاجة إليها ، فإن الحاجة تقوم عامة شاملة إلى شراء المصوغ بأكثر من وزنه .

وفي نظام اقتصادي رأسمالي — كالنظام القائم في الوقت الحاضر في كثير من البلاد — ويتميز بأن رؤوس الأموال تكون مملوكة للأفراد والهيئات والمصارف وليست مملوكة للدولة ، تدعو الحاجة العامة الشاملة إلى حصول العامل على رأس المال حتى يستغله بعمله . وقد أصبحت شركات المضاربة والقراض ونحوها غير كافية للحصول على رأس المال اللازم . حقاً أن شركات المساهمة وشركات التوصية تسمح في كثير من الأحوال بأن يستثمر صاحب رأس المال ماله في شراء أسهم هذه الشركات فيشارك في الربح والخسارة ، ولكن القروض هي الوسيلة الأولى ، في النظام الاقتصادي الرأسمالي القائم ، للحصول على رؤوس الأموال . وحتى في الشركات المتقدم ذكرها توجد إلى جانب الأسهم ، وهي حصص الشركاء الذين يساهمون في الربح والخسارة ، السندات ، وهي القروض التي تقدم لهذه الشركات . والمقترض هنا ، كما سبق القول ، هو الجانب القوي ، والمقرض هو الجانب الضعيف الذي يجب له الحماية . فما دامت الحاجة قائمة للحصول على رؤوس الأموال من طريق القرض أو غيره ، وما دام رأس المال ليس ملك الدولة بل هو ملك الفرد ادخره بعمله وجهده ، فمن حقه أن يبغى عليه أجراً معتدلاً لا يظلم فيه ولا يظلم ، ما دامت الحاجة قائمة إلى كل ذلك ، فإن فائدة رأس المال في الحدود المذكورة تكون جائزة استثناء من أصل التحريم .

نقول : في الحدود المذكورة . ونقصد بذلك : (أولاً) : ألا يجوز بحال ، مهما كانت الحاجة قائمة ، أن تتقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، فهذا هو ربا الجاهلية الممقوت . (ثانياً) وحتى بالنسبة إلى الفائدة البسيطة ، يجب أن يرسم لها المشروع حدوداً لا تتعداها ، من حيث سعرها ومن حيث طريقة تقاضيتها ومن حيث مجموع ما يتقاضى منها ومن وجوه أخرى كثيرة ينبغي على المشرع أن يتحراها ، وذلك حتى تقدر الحاجة بقدرها .

هـ - وحتى بعد كل هذا ، فإن الحاجة إلى الفائدة لا تقوم ، كما قدمنا ، إلا في نظام رأسمالي كالنظام القائم . فإذا تغير هذا النظام - ويبدو أنه في سبيله إلى التغير - وأصبح نظاماً اشتراكياً رؤوس الأموال فيه بيد الدولة لا بيد الأفراد ، عند ذلك يعاد النظر في تقدير الحاجة ، فقد لا تقوم الحاجة في ظل النظام الاشتراكي . فيعود الربا إلى أصله من التحريم .

ثالثاً : الموقف الفعلي الذي وقفه من الربا التقنيات المدنية العربية

موقف التقنين المدني المصري :

ولعل ما ذكرناه يكون مقارباً للموقف الفعلي الذي وقفه التقنين المدني المصري الجديد من الربا . فإن هذا التقنين يبغض كل البغض تقاضى الفوائد على رؤوس الأموال ، وقد سار خطوات واسعة في تضيق حلقة الفوائد ، ووضع في ذلك أحكاماً تشريعية هامة نجملها فيما يلي :

أولاً : حرم تقاضى الفوائد على متجمد الفوائد ، فنص في صدر المادة ٢٣٢ على أنه ، لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، . فسد بذلك ثغرة واسعة في تحريم الربا ، وعمد إلى الربا المحرم تحريم المقاصد فنهى عنه في عبارة حاسمة لا مخلص منها .

وقد كان التقنين المدني السابق يجيز تقاضى الفوائد على متجمد الفوائد بشرطين :

١ - أن تكون الفوائد المتجمدة لا تقل عن فوائد سنة .

٢ - وأن يتم الاتفاق بين الدائن والمدين ، بعد تجمد الفوائد ، على تقاضى فوائد عنها ، أو يطالب الدائن المدين بفوائد على متجمد الفوائد مطالبة قضائية .

ثانياً : ضيق التقنين المدني الجديد كثيراً في إباحة تقاضى الفوائد البسيطة وبما فعله في هذا السبيل ما يأتي :

١ - وضع حداً أقصى لسعر الفائدة هو ٧ ٪ ، فلا يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على أكثر من ذلك . فإذا اتفقاً على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى ٧ ٪ ، وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر (م ٢٢٧ / ١ مدني) . وقد كان التقنين المدني السابق يجعل الحد الأقصى لسعر الفائدة ٨ ٪ ، قبل أن ينزلها التقنين الجديد إلى ٧ ٪ كما رأينا .

٢ - وإذا لم يكن هناك اتفاق بين الدائن والمدين على تقاضى الفوائد ، فلا يجوز للمدين أن يتقاضى فوائد على الدين . وقد طبقت هذه القاعدة في عقد القرض ، فنصت المادة ٥٤٢ مدني على ما يأتي : « على المقرض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد إستحقاقها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر ، . على أنه إذا حل الدين وتأخر المدين في الوفاء ، استحققت فوائد تأخير قدرها ٤ ٪ في المسائل المدنية و ٥ ٪ في المسائل التجارية (م ٢٢٦ مدني) .

٣ - ولا تسرى فوائد التأخير عن الوفاء إلا إذا طالب بها الدائن مطالبة قضائية ، فلا تكفي المطالبة غير القضائية ولو كانت بانذار رسمي . وكذلك لا تكفي المطالبة القضائية برأس المال وحده ، بل تجب المطالبة بفوائد التأخير ذاتها . ثم أن هذه الفوائد لا تسرى إلا من يوم هذه المطالبة القضائية (م ٢٢٦ مدني) .

٤ - ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن

أكثر من رأس المال (م ٢٣٢ مدني). وهذه قاعدة جلية من قواعد تحريم الربا، ويقضى تطبيقها ألا يأكل الدائن الربا أضعافا مضاعفة. على أن الحاجة، هنا أيضا، قد تقوم، فتقضى مجاوزة هذا القيد في القروض الإنتاجية طويلة الأجل.

٥ - وتقضى المادة ٢٢٩ مدني بأنه «إذا تسبب الدائن بسوء نية، وهو يطالب بحقه، في إطالة أمد النزاع، فللقاضي أن يخفض الفوائد القانونية كانت أو اتفاقية، أو لا يقضى بها إطلاقا، عن المدة التي طال فيها النزاع بلامبرر،

٦ - وتقضى المادة ٢٣٠ مدني بأنه «عند توزيع ثمن الشيء الذي بيع جبرا لا يكون الدائنون المقبولون في التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد تأخير عن الأنصبة التي تقررت لهم في هذا التوزيع إلا إذا كان الرامى عليه المزاد ملزما بدفع فوائد الثمن، أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد في هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الرامى عليه المزاد أو خزانة المحكمة، وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعا قسمة غرما».

٧ - وتقضى المادة ٥٤٤ مدني في عقد القرض بأنه «إذا اتفق على الفوائد، كان للمدين، إذا انقضت ستة أشهر على القرض، أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه، على أن يتم الرد في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان. وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان، ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدي فائدة أو مقابلا من أي نوع بسبب تعجيل الوفاء. ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقرض في الرد أو الحد منه. وهذا إجراء حكيم لإسقاط الفوائد، حتى بعد الاتفاق عليها بين الدائن والمدين.

وغنى عن البيان أن هذه القيود ينبغي أن يبقى زمامها في يد المشرع، في شيء من المرونة، يوسع فيها أو يضيق منها، فيزيد القيود أو ينقصها، بحسب

الحاجة . فإن قامت الحاجة للتخفف من بعض هذه القيود ، ألغى المشرع منها ما تقضى الحاجة بإلغائه . وإن لم تعد الحاجة تقضى ألا تباح الفوائد إلا بقيود أكثر من هذه ، زاد المشرع في القيود . والامر الجوهري هو ألا يبيح المشرع الفوائد إلا بالقدر الذي تدعو إليه الحاجة .

موقف التقنيات المدنية العربية الأخرى :

وقد وقفت التقنيات المدنية العربية الأخرى من الربا موقفا معادلا لموقف التقنين المدني المصري على الوجه الآتي :

(أولا) حرمت هذه التقنيات تقاضى الفوائد على متجمد الفوائد . فعل ذلك التقنين المدني السوري في صدر المادة ٢٣٣ ، والتقنين المدني الليبي في صدر المادة ٢٣٥ ، والتقنين المدني العراقي في صدر المادة ١٧٤ . أما تقنين الموجبات والعقود اللبناني فيجيز تقاضى الفوائد على متجمد الفوائد بالشرطين اللذين كان التقنين المدني السابق يجيزه بهما ، فيما عدا أن الفوائد المتجمدة تكون في التقنين اللبناني عن مدة ستة أشهر فقط لا عن سنة كاملة (٧٦٨م) .

(ثانيا) وضعت هذه التقنيات سلسلة من القيود على الفوائد البسيطة معادلة لتلك التي وضعها التقنين المدني المصري على الوجه الآتي :

١ - وصعت حداً أقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ، هو ٩ ٪ في التقنين المدني السوري (١/٢٣٨ م) ، و ١٠ ٪ في التقنين المدني الليبي (١/٢٣٠ م) ، و ٧ ٪ في التقنين المدني العراقي (١/١٧٢ م) ، فإذا اتفق على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إليه . وتعين رد ما دفع زائدا . أما تقنين الموجبات والعقود اللبناني فلم يضع حداً أقصى للسعر الاتفاقى ، ولكنه اشترط أن يعين كتابة سعر الفائدة المتفق عليها وإلا فلا تجب الفائدة إلا بالسعر القانوني وهو ٩ ٪ (٢/٧٦٧) ، وإذا دفع المقرض من تلقاء نفسه فوائد غير

منصوص عليها أو زائدة عن الفوائد المشترطة ، فلا يحق له استردادها ولا حسمها من رأس المال ، (م ١/٧٦٦) .

٢ - وإذا لم يكن هناك اتفاق على تقاضى فوائد فلا تتقاضى (٥١٠ م سوري م ٥٤١ لبي ، م ١/٦٩٢ عراقى ، م ١/٧٦٦ لبنانى) . والسعر القانونى للفوائد التأخيرية هو ٤ ٪ فى المسائل المدنية وه ٪ فى المسائل التجارية فى التقنين المدنى السورى (م ٢٢٧) ، ومثلها فى التقنين المدنى الليبى (م ٢٢٩) ، ومثلها فى التقنين المدنى العراقى (م ١٧١) . أما فى القانون اللبنانى فالسعر القانونى هو ٩ ٪ (قانون المراجعة العثمانى فى المسائل المدنية والمادة ٢٥٧ من التقنين التجارى فى المسائل التجارية) .

٣ - ولا تسرى فوائد التأخير إلا من وقت المطالبة القضائية بها (التقنين المدنى السورى م ٢٧٧ ، والتقنين المدنى الليبى م ٢٢٩ ، والتقنين المدنى العراقى م ١٧١ . وأما فى لبنان فتسرى فوائد التأخير من وقت الانذار ولا ضرورة للمطالبة القضائية بهذه الفوائد) .

٤ - ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال (التقنين المدنى السورى م ٢٣٣ ، والتقنين المدنى الليبى م ٢٣٥ ، والتقنين المدنى العراقى م ١٧٤ ، وقانون المراجعة العثمانى فى لبنان) .

٥ - وإذا تسبب الدائن بسوء نية فى إطالة أمد النزاع ، جاز تخفيض الفوائد أو عدم القضاء بها إطلاقاً (التقنين المدنى السورى م ٢٣٠ ، والتقنين المدنى الليبى م ٢٣٢ ، والتقنين المدنى العراقى م ١٧٣/٣ ، وفى لبنان وفقاً للبداً العام المقرر فى المادة ٣١ من قانون أصول المحاكمات المدنية وهى توجب الحكم بالتعويض على من يقدم عن نية سيئة على إقامة أية دعوى أو على المعارضة فى أى طلب ظهرت صحته) .

٦ - وعند توزيع ثمن الشئ الذى بيع جبراً لا يتقاضى الدائنون

فوائد تأخير إلا إذا كان الراسى عليه المزااد يدفع فوائد الثمن أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها ، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد ما هو مستحق منها قبل الراسى عليه المزااد أو خزانة المحكمة ، وتقسم قسمة الغرماء (التقنين المدنى السورى م ٢٣١ ، والتقنين المدنى الليبى م ٢٣٣ ، ولا نص فى التقنين المدنى العراقى . أما فى لبنان فإن العمل فى دوائر الإجرام يتمشى مع هذا الحكم ، إذ أن الفوائد ترصد إلى تاريخ الاحالة القطعية أى إلى تاريخ رسو المزااد فى إجراءات البيع الجبرى) .

٧ - وإذا اتفق فى عقد القرض على فوائد ، جاز للمدين ، بعد ستة أشهر من القرض ، أن يلغى العقد ويرد ما إقترضه فى أجل لا يزيد على ستة أشهر من تاريخ إعلان الإلغاء ، ويلزم بدفع ما استحق من الفوائد عن الستة الأشهر التالية للإعلان (التقنين المدنى السورى م ٥١٢ ، والتقنين المدنى الليبى م ٥٤٣ ، ولا نص فى التقنين المدنى العراقى . وانظر المادة ٧٦٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، وتنص على أنه : لا يجوز إجبار المقرض على رد ما يجب عليه قبل حلول الأجل المعين بمقتضى العقد أو العرف ، وإنما يجوز له أن يرده قبل الأجل ، ما لم يكن هذا الرد مضراً بمصلحة المقرض) .

* * *

هذا هو موقف التقنينات المدنية العربية ، ومعها التقنين المدنى المصرى ، من الفوائد فى العصر الحاضر . والموقف كما نرى موقف معتدل ؛ ولم تغال هذه التقنينات فى أباحه الفوائد ، بل أحاطتها بقيود كثيرة . وزمام الموقف فى يد المشرع على كل حال ، فإذا كان المشرع العربى قد أباح الفوائد فى هذه الحدود الضيقة ، مسائراً فى ذلك مقتضيات النظام الاقتصادى الرأسمالى القائم فى البلاد العربية ، فهو إنما يخضع للحاجة ، وبقدر ما تقتضيه هذه الحاجة . فإذا ما تغير النظام القائم ، وارتفعت الحاجة فى النظام الذى يستجد ، فلا شك فى أن الواجب هو أن تعود الفوائد إل أصلها من التحريم . وتحريم الربا أصل من أصول الشرائع تحجبه الحاجة ، فإذا ما ارتفعت عاد إلى الظهور .

المفهرس

الفصل الثانى

الحل

الصفحة

٦

تعريف المحل وشروطه

الفرع الأول

المحل موجود أو ممكن

المبحث الأول

وجود المحل أو إمكانه فى الفقه الغربى

المطلب الأول

المحل موجود

٧

معنى الوجود

٧

التعامل فى محل موجود حالا

٨

التعامل فى محل مستقبل

٩

التعامل فى تركة مستقبلية

المطلب الثانى

المحل ممكن

١١

الإمكان يقابل الوجود

المفنة

- ١٢ الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية
١٣ الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية

المبحث الثاني

وجود المحل أو إمكانه في الفقه الإسلامي

المطلب الاول

المحل موجود

- ١٣ يشترط وجود المحل فعلا وقت التعاقد
١٤ السبب في هذا التشدد هو خشية الغرر
١٥ التمييز بين فروض مختلفة

§ ١ — الشيء في أصله موجود وقت التعاقد ثم يتكامل بعده

- ١٥ عنصر الغرر يكاد يكون منتفيا ومن ثم فالتعامل جائز
١٦ بيع الثمر والزرع بعد الطلوع وقبل بدو الصلاح جائز
٢٧ بيع ما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض

§ الشيء غير موجود أصلا وقت التعاقد ولكنه محقق الوجود في المستقبل

- ٢٣ المبدأ العام والاستثناءات
٢٤ المبدأ العام — بيع المعدوم باطل
٢٦ الاستثناء الأول — السلم
٤١ الاستثناء الثاني — الاستصناع
٤٤ النهي عن بيع المعدوم إنما هو للغرر لا للعدم

§ ٣ — الشيء غير موجود أصلاً وقت التعاقد أو موجود

في أصله وهو غير محقق الوجود في المستقبل

الصفحة

- ٤٦ دخول عنصر الغرر
٤٩ ماهو الغرر ومتى يفسد العقد
٥٦ تطبيق المعايير المتقدمة على بيع الشيء غير محقق الوجود في المستقبل

المطلب الثاني

المحل ممكن

- ٥٨ القدرة على التسليم — النصوص
٦٠ الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية
٦١ يجب أن يكون المبيع مقدور التسليم من غير ضرر

الفرع الثاني

المحل معين أو قابل للتعين

المبحث الأول

تعين المحل أو قابليته للتعين في الفقه الغربي

- ٦٤ نصوص التقنيات المدنية العربية
٦٦ تعين محل الالتزام إذا كان شيئاً
٦٧ تعين محل الالتزام إذا كان نقوداً
٦٨ تعين محل الالتزام إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل

المبحث الثاني

تعيين المحل أو قابليته للتعيين في الفقه الإسلامي

الصفحة

٦٩	المبدأ - يتعين المحل بالعلم به علما مانعا من الجهالة الفاحشة
٦٩	كيف يحصل العلم
٧١	تعيين المحل في الأشياء المتفاوتة وفي الأشياء المتقاربة
٧٩	الاكتفاء بقابلية المحل للتعيين
٨٥	تعيين المحل إذا كان عملا

الفرع الثالث

المحل صالح للتعامل فيه

المبحث الأول

صلاحية المحل للتعامل فيه في الفقه الغربي

٨٨	متى يعتبر الشيء غير صالح للتعامل فيه في الفقه الغربي
٩٠	النظام العام والآداب

المطلب الأول

اتفاقات تخالف النظام العام

٩٢	روابط القانون العام وروابط القانون الخاص
----	--

§ ١ - روابط القانون العام

٩٢	أنواع هذه الروابط
٩٣	القواعد الدستورية والحريات العامة

الصفة

٩٦	النظم الادارية والمالية
٩٧	النظام القضائي
٩٧	القوانين الجنائية

§ ٢ - روابط القانون الخاص

٩٨	الأحوال الشخصية
٩٩	المعاملات المالية

المطلب الثاني

اتفاقات تخالف الآداب

١٠٠	العلاقات الجنسية
١٠١	بيوت العهارة
١٠١	المقامرة والرهان
١٠٢	أمثلة أخرى لاتفاقات مخالفة للآداب

المبحث الثاني

	صلاحية المحل للتعامل فيه في الفقه الإسلامي
١٠٣	عدم الصلاحية يرجع إلى طبيعة الشيء أو إلى الغرض الذي خصص له
١٠٨	عدم الصلاحية يرجع إلى النظام العام والآداب

المطلب الاول

الشروط المقترنة بالعقد

١١٢	التمييز بين حالات مختلفة
-----	--------------------------

§ ١ - الشرط الصحيح

المفحة

١١٧ متى يكون الشرط صحيحا

(١) الشرط الذى يقتضيه العقد

١١٨

النصوص

١١٩

صحة الشرط الذى يقتضيه العقد أمر بديهى

(ب) الشرط الذى يلائم العقد

١٢٠

النصوص

١٢٥

ما يجب لصحة الشرط الذى يلائم العقد

١٢٩

الشرط الذى يلائم العقد يصح استثناء على سبيل الاستحسان

عند الحنفية ويصح أصلا فى المذاهب الأخرى

(ج) الشرط الذى يجرى به التعامل

١٣١

النصوص

§ ٢ - الشرط الفاسد

١٣٤

المذهب الحنفى والمذاهب الثلاثة الأخرى

أولا - المذهب الحنفى

١٣٤

التمييز بين حالتين

(١) شرط فاسد يفسد العقد

١٣٤

النصوص

١٤٠

١ - الصور المختلفة للشرط الفاسد الذى يفسد العقد

١٤٢

٢ - الأسباب التى دعت المذهب الحنفى إلى القول بفساد

الشرط والعقد فى هذه الصور

المفنة

٣ - العقود التي يكون فيها الشرط الفاسد مفسدا للعقد ١٤٤

(ب) شرط فاسد يسقط ويبقى العقد

النصوص ١٤٥

شرط لا منفعة فيه لأحد وهو شرط فاسد فيسقط ١٤٦

ولكن العقد يبقى صحيحا ١٤٧

ثانيا - تأصيل المذهب الحنفي وتطور الفقه الاسلامي

(١) سبب فساد العقد في المذهب الحنفي

١ - السبب الحقيقي في فساد العقد إذا اقترن بالشرط : ١٤٩

علتان تنتهيان إلى علة واحدة - تعدد الصفقة ١٤٩

السبب في تحريم تعدد الصفقة - وحدة العقد ١٥١

٢ - نظرية أهرنج في وحدة الدعوى ووحدة العقد : ١٥٤

رأى أهرنج في فكرة وحدة الصفقة في تطور الفكر القانوني ١٥٤

الوحدة في الدعوى - وحدة الطلب ١٥٥

الوحدة في الدعوى - وحدة الدفع ١٥٧

الوحدة في العقد - وحدة الموضوع ١٦٠

الوحدة في العقد - وحدة الزمان والمكان ١٦٢

(ب) تطور الفقه الإسلامي في الشروط المقترنة بالعقد

تطور الفقه الإسلامي في المذاهب الأربعة : ١٦٧

١ - تطور الفقه الإسلامي في المذهب الحنفي ١٦٨

٢ - تطور الفقه الإسلامي في مذهب الشافعي ١٦٩

٣ - تطور الفقه الإسلامي في المذهب المالكي : ١٧٢

التطور في المذهب المالكي أبعد مدى من التطور في

- المذهب الحنفي وفي مذهب الشافعي ١٧٢
 الشرط الصحيح في مذهب مالك ١٧٣
 الشرط الفاسد في مذهب مالك ١٧٤
 تقدير مذهب مالك ١٧٧

٤ - تطور الفقه الإسلامي في المذهب الحنبلي :

- المذهب الحنبلي أبعد المذاهب تطوراً في تصحيح الشروط ١٧٩
 الشرط الصحيح في مذهب الحنابلة ١٧٩
 الشرط الفاسد في مذهب الحنابلة ١٨٢
 استكمال المذهب الحنبلي بأقوال ابن تيمية ١٨٧
 ه - مقارنة ما بين المذاهب الأربعة في تصحيح الشروط ١٩١
 المقترنة بالعقد :

- مقارنة اجمالية ١٩١
 مقارنة تفصيلية ١٩٢

المطلب الثاني

الربا

§ ١ - تحديد منطقة الربا في الفقه الإسلامي

أولاً - تعيين الأموال الربوية

- الحديث الشريف هو مصدر تعيين الأموال الربوية ١٩٦
 امتداد منطقة الربا إلى غير هذه الأموال الستة ١٩٨
 ما يحتاج به الحنفية في أن العملة في الأموال الربوية هي
 القدر والجفسيّة ٢٠٠

- ما يحتاج به الشافعية في أن العلة في الأموال الربوية
 هي الطعم والتمينة
 ٢٠١
- الموازنة بين حجج الحنفية وحجج الشافعية وترجيح
 مذهب الشافعي
 ٢٠٢
- ثانيا - تحديد ربا الفضل
 المذهب الحنفي
 ٢٠٨
- مذهب الشافعي
 ٢٠٨
- المقابلة ما بين مذهب الحنفية ومذهب الشافعية في
 تطبيقات ربا الفضل
 ٢٠٩
- ثالثا - تحديد ربا النسيئة
 المذهب الحنفي
 ٢١١
- مذهب الشافعي
 ٢١٣
- المقابلة ما بين مذهب الحنفية ومذهب الشافعية في
 تطبيقات ربا النسيئة
 ٢١٣
- تفسير بعض حالات غير ظاهرة في ربا النسيئة
 ٢١٥
- ٢٨ - الاتجاهات المختلفة التي عملت على تضيق منطقة الربا
 في جميع العصور تتسع منطقة الربا ثم تضيق تحت ضغط العوامل الاقتصادية
 الربا في الشرائع القديمة وفي اليهودية وفي المسيحية
 ٢١٦
- الربا في الإسلام والتياران المتعارضان فيه
 ٢٢١
- اتجاهات ثلاثة في التضيق من منطقة الربا
 ٢٢٥
- أولا - الاتجاه الذي يميز ما بين ربا الفضل وربا النسيئة
 الأول هو ربا خفي والثاني هو الربا الجلي
 ربا النسيئة ربا جلي وربا الفضل ربا خفي - ابن القيم
 ٢٢٦

الصفحة

- ٢٢٩ ما يترتب على التمييز بين ربا النسئة وربا الفضل
- ٢٣٠ ربا الفضل تتسع دائرته عند الشبهة
- ٢٢٣ ربا الفضل تضيق دائرته عند الحاجة :
- ٢٢٣ بيع العرايا
- ٢٣٦ بيع المصوغ
- ٢٣٨ بيع مادخلته الصنعة بوجه عام
- ٢٤٠ بيع الدراهم أو الدنانير المسكوكة
- ثانياً - الاتجاه الذى يميز ما بين الربا الوارد فى القرآن الكريم والربا الوارد فى الحديث الشريف
- الاول هو الربا الجلى والثانى ربا خفى
- ٢٤٢ أنواع الربا الثلاثة
- ٢٤٣ التمييز الذى قال به ابن القيم وأنواع الربا الثلاثة
- ٢٤٣ تمييز ابن القيم فيه تحكم
- التمييز ما بين الربا فى القرآن الكريم والربا الوارد فى الحديث الشريف - السيد رشيد رضا والدكتور زكى الدين بدوى
- ٢٤٤ ثالثاً - الاتجاه الذى لا يحرم إلا ربا الجاهلية الوارد فى القرآن الكريم
- ٢٤٨ لا ربا إلا فى النسئة - ابن عباس
- ٢٤٨ وربا النسئة فى هذا الاتجاه هو ربا الجاهلية وحده
- ٢٥٠ ردود الفقهاء على أدلة ابن عباس

§ ٣ - ما ينبغى أن يكون عليه الفقه الاسلامى

من الربا فى العصر الحاضر

أولاً - إتجاهان متعارضان فى مسألة الربا فى العصر الحاضر

مسألة الربا أمام مؤتمر الفقه الإسلامى المنعقد بباريس سنة ١٩٥١ ٢٥٣

الاتجاه المحتفظ بأحكام المذاهب الفقهية فى الربا - الأستاذ محمد

عبدالله دراز ٢٥٤

لاتجاه المتحرر من احكام المذاهب الفقهية فى الربا - الأستاذ معروف

الدواليبى ٢٥٩

ثانياً - ما ينبغى أن يكون موقف الفقه الإسلامى من الربا فى

العصر الحاضر

تحریم الربا هو الحكم الذى يتمشى مع كل العصور وجميع الحضارات ٢٦١

استبقاء التمييز بين ربا الجاهلية الوارد فى الكتاب وكل من ربا النسيئة

وربا الفضل الواردین فى السنة ٢٦٤

القرض الذى يجر منفعة ٢٦٤

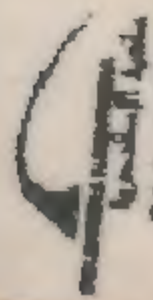
الأصل فى الربا التحريم ولا يجوز إلا للضرورة أو للحاجة ٢٦٩

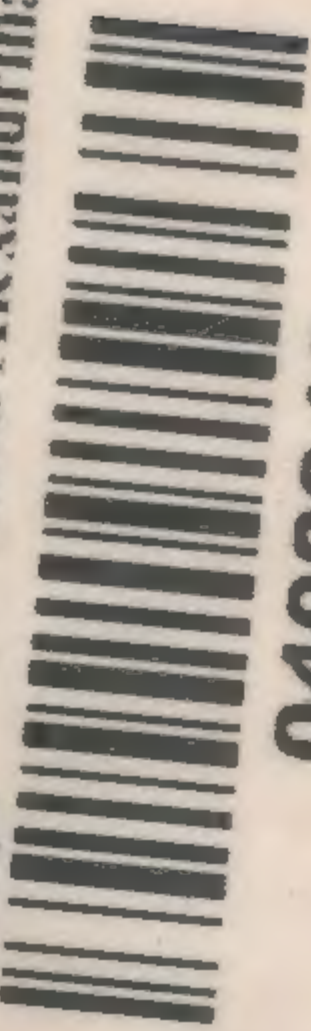
ثالثاً - الموقف الفعلى الذى وقفته من الربا التقنيات المدنية العربية

موقف التقنين المدنى المصرى ٢٧٢

موقف التقنيات المدنية العربية الأخرى ٢٧٥

زامم الموقف فى يد المشرع ٢٧٧

 Bibliotheca Alexandrina



0402848

مطبعة دار البنا بشارع الصحافة بولاق مصر